IACOBI FRIDERICI
LVDOVICI, ICti,
VSVS PRACTICVS
DISTINCTIONVM
IVRIDICARVM

IVXTA
SERIEM DIGESTORVM
ADORNATVS.

IAM VERO
RECENSITVS, ILLVSTRATVS,
IN ARTICVLIS IVRIS SAXONICI
AD ORDINATIONEM PROCESSVS ELECT. SAXON.
RECOGNITAM ADCOMMODATVS, NOVIS DISTIN-
CTIONIBVS AC QVAMPLVRIMIS PRACTICIS
OBSERVATIONIBVS LOCV-
PLETATVS

A

IO. GERARDO SCHLITTIO, ICto.
POTENTISS. REGI BORVSS. A CONSIL. AVL. ET PROF.
IVR. ORDINAR. IN REGIA FRIDERICIANA.

P A R S II.

EDITIO VI.

AVCTIOR ET EMENDATIOR.

Digitized by Google

Digitized by Google

VSVS PRACTICI
DISTINCTIONVM
IVRIDICARVM

PARS II.

LIBRI XIV. DIGESTORVM

TIT. I. & III.

De Exercitoria & Inſtitoria actione.

DISTINCTIO I.

Inter Actionem *exercitoriam* & *inſtitoriam*.

Quod obiecto differant, quoniam ſcilicet exercitoria ad maritimam, inſtitoria autem ad terreſtrem negotiationem pertinet, illud adeo magnam vtilitatem non habet. Verum in eo vſus ſeſe exerit non contemnendus, quod *exercito-*

ria locum habeat contra exercitorem ex facto magiſtri ſubſtituti, quamuis exercitor ſubſtitutionem hanc expreſſe prohibuiſſet, *l. 1. §. 5. ff. de exerc. act.* vbi illud de inſtitoria negatur, ob vtilitatem, vt dicitur, nauigantium, ita introductum. Sed quæritur: *Si eiusmodi prohibitio a principali non fuerit facta, an tunc principalis ex facto ſubſtituti actione inſtitoria teneatur?* de exercitoria enim nullum eſt dubium. Affirmat quæſtionem Lauterbach. *h. t.* item Schilterus, & Brunnemannus apud Schœpfferum *in Synopſ. iur. priu. h. t. n. 3.* ſed mihi contrarium verius videtur. Textus enim a Lauterbachio in hanc rem allegati, nihil minus probant, quam quod ex ipſius intentione probare debebant. Videamus. Textus primus eſt in *l. 1. §. 5. de exerc. act.* vbi Vlpianus ita: *Magiſtrum autem accipimus, non ſolum, quem exercitor præpoſuit; ſed & eum, quem magiſter, & hoc conſultus Iulianus in ignorante exercitore reſpondit. Ceterum ſi ſcit & paſſus eſt, eum in naue magiſterio fungi, ipſe eum impoſuiſſe videtur, quæ ſententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magiſtri debet præſtare, qui eum præpoſuit: alioquin contrahentes decipientur, & facilius hoc in magiſtro, quam inſtitore admittendum propter vtilitatem. Quid tamen ſi ſic magiſtrum præpoſuit, ne alium ei liceret præponere? an adhuc Iuliani ſententiam admittimus,*

mittimus, *videndum eſt. Finge enim*, *&* *nominatim eum probibuiſſe*, *ne Titio magiſtro vtaris*; *dicendum tamen erit*, *eousque producendam vtilitatem nauigantium.* Ego hic nec verba, nec rationem deprehendo, quæ diſſentientibus patrocinium præbere poſſit, & quamuis etiam verba adeſſent dubiæ interpretationis; ego tamen in tali ambiguitate potius regulæ inhærendum eſſe putarem, vi cuius illi ſubſtituendi facultas non permittitur, cuius perſonæ induſtria electa fuit.

Porro adducitur *l. 5. ʃ. 17. ff. de inſtit. act.* in qua lege dicitur, *quod heres*, *qui eodem inſtitore vtitur*, *quem defunctus præpoſuerat*, *actione etiam inſtitoria teneatur*, *licet quis ante aditam hereditatem cum illo inſtitore contraxiſſet.* Bene. Sed quid hoc ad quæſtionem propoſitam?

Denique prouocatur ad *arg. l. 8. ʃ. 3. Mandat.* vbi procuratori extraiudiciali alium ſubſtituere permittitur; ſed huic legi obſtat *l. 15. ʃ. 2. ff. de diuerſ. temp. præſcript.* quæ expreſſis verbis contrarium diſponit. *A)* Si

A) Imo non dicitur in *cit. L. 15. ʃ. 2.* expreſſis verbis, quod negotium mandatum alii rurſus mandari nequeat, niſi conſentiente domino, nam de hoc plane non quæritur: (vnde nec neceſſe eſt ad diſtin-

Si antinomia concedenda eſſet, tunc *l. 8. ſ. 3. Mand.* tanquam a regula ante ſuppeditata recedens reiici deberet; ſed ne alios vocabulo *antinomiæ* irritemus, retinebimus communem conciliationem, quod *d. l.* de eo caſu ſaltem intelligenda ſit, *vbi res eſt minimi præiudicii*, vid. Dion. Gothofr. *ad d. l.*

Tho-

ctionem, inter *res maioris* & *minoris momenti*, confugere,) ſed, an poſſeſſio domini & emtoris coniungatur ad effectum vſucapionis, ſi procurator domini per alium procuratorem vendiderit illi emtori? Quod *negatur*, quoniam primus quidem procurator nomine domini poſſidebat, indeque potuiſſet poſſeſſionem in emtorem transferre, eoque vtramque coniungere: At ſi negotium alii mandat, hic ſecundus mandatarius nec nomine Domini poſſidet, nec proinde poſſeſſionem ex ſua perſona transfert; ergo neque coniunctio erit poſſeſſionum, neque locum habebit vſucapio, niſi dominus id ipſum permiſerit. vid. L. B. de COCCEII *Iur. ciuil. controuerſ. Lib. 17. Tit. 1. Q. 4.* Deinde non male ACCVRSIVS ad verba *d. l. 15. quam ſi id ipſum dominus ei permiſerit*, notat: *Semper autem conceſſum intelligitur, niſi ſit prohibitum*, de quo vid. HVBER. *Prælect. ad ff. d. Tit. 1. ſ. 2.* ib. THOMAS.

Tholoſan. *Syntagm. iur. vniu. l. 49. c. 4. num. 6.* Salycetus *ad d. l. 8. ʃ. 3. ff. Mandati*, qui hanc materiam fuſius perſequitur. Sed hac ratione iterum parum accedet opinioni contrariæ. Nam res mercatorum vtplurimum maximi ſunt momenti.

Quid ergo manet? hoc ſcilicet. Magiſter indiſtincte ſubſtituit, ſiue hoc ipſi permiſſum, ſiue prohibitum fuerit; inſtitor autem nunquam ſubſtituit, niſi hoc ipſi expresſe permiſſum, aut res minimum præiudicium inuoluat.

DISTINCTIO II.
Inter *verum* & *quaſi* inſtitorem.

Hic nullam deprehendo vtilitatem, præterquam, vt terminos intelligamus. *Verus* inſtitor vocatur, cui omnia; *quaſi* inſtitor, cui vnum ſaltem negotium, ad mercaturam pertinens, eſt commiſſum, *v. l. 13. §. 25. ff. de act. emt.* Inſtitorum varias ſpecies vid. in *l. 5. ʃ. 1. ſeqq. ff. de inſtit. act.* In effectu autem eodem modo præponens tam ex veri, quam ex quaſi inſtitoris contractibus tenetur. Dixi: *ex contractibus*. Nam vt verus, ſiue quaſi inſtitor *delinqueret*, hoc præponens voluiſſe non cenſetur. Grauiter quidem obſtare videtur *l. 5. ʃ. 8. ff. de inſtit. act.* vbi dicitur, quod *libitinarius*, id eſt, mortuorum ſepulturæ præpoſitus, (vidi

Gothofred. *ad cit. l.*) etiam tunc obligetur, ſi *pollinctor* mortuos ſpoliauerit. Sed ibi expreſſe ICtus de *ſeruo* pollinctore loquitur, propter cuius delicta conuenitur quidem præponens, ſed ex ſpeciali ratione dominii, quæ actio propterea magis eſt ſpecies actionis noxalis, quam inſtitoriæ, vid. Illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterbach. tit. de inſtit. act. verb. obſtat. L. 5.*

Lib. XIV. Tit. IV.

De Actione Tributoria.

DISTINCTIO I.

Inter actionem tributoriam ex *contractu* & ex *dolo* domini, vel patris orientem.

Hanc diſtinctionem apud pauciſſimos deprehendere licuit, plurimi enim, imo omnes fere, vnam ſaltem, eamque actionem tributoriam ſimplicem agnoſcunt, niſi quod B. Brunnemannus *in Comm. ad l. 7. ſ. 2. ff. h. t.* quorundam mentionem iniiciat, qui actionem tributoriam de dolo actioni ſimplici (quam *in factum* quoque appellare poſſes) contradiſtinguant. Interim

terim liquido apparet hæc diſtinctio ex textibus iuris. Primo prouoco ad *§.3. I. quod cum eo*, vbi ita dicitur: *Namque ſi ſeruus in peculiari merce ſciente domino negotietur, & quid cum eo eius rei cauſa contractum erit: ita prætor ius dicit, vt quidquid in bis mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, ſi quid ei debetur, & ceteros creditores, pro rata portione diſtribuatur: & ideo tributoria vocatur.* Hactenus de actione tributoria ad *ſuſcipiendam* diſtributionem mercis peculiaris, quæ eſt ex contractu. Pergit porro Imperator: *nam ſi quis ex creditoribus queratur, quaſi minus ei tributum ſit, quam oportuerit, hanc ei actionem adcommodat, quæ tributoria appellatur.* Habes actionem tributoriam ex delicto, quæ ad *corrigendam* iniquam diſtributionem mercis peculiaris competit. Deinde addi quoque poſſunt *l.1.§.3.*& *l.7.§.2.*& *3.ff.h.t.* quarum prior de actione ex contractu, poſterior de ea, quæ ex delicto oritur, itidem non obſcure loqui videtur.

Vſus in eo ſe exerit, quod actio tributoria *ad corrigendam* diſtributionem non detur aduerſus heredes, niſi quatenus ad eos peruenit, quia eſt ex delicto, *l.7.§.5.ff.h.t.* *l.9.§.2. eod.* at vero ea, quæ diuiſionem *ſuſcipiendam* vrget, contra heredes etiam competit, quia ex contractu naſcitur, quod ex vulgaribus principiis facile patet.

His notatis, facile patet confuſa doctrina eorum, qui actionem tributoriam ſimpliciter ex contractu naſci aſſerunt, vid. Lauterbach. *h. t.* Struu. *Ex. 20. th. 43.* & quare Lauterbach. ſtatuere coactus fuerit, *quod hæc actio exorbitantem naturam a prætore acceperit*, quia ſcilicet ille ſuppoſuerat, fundamentum eius vnice in contractu ſerui vel filiifamilias quærendum eſſe, vnde comprehendere non poterat, quare hæc actio ſaltem detur *de eo, quod peruenit*, cum tamen alias actiones ex contractibus ſine reſpectu, vtrum quid peruenerit, annon, aduerſus heredes extendantur. Textus, quos adducit Struuius, ſcilicet *l. 7. pr. §. 2. l. 8. h. t. §. 3. I. quod cum eo. l. f. h.* pro nobis faciunt, prout paulo ante oſtendimus. Prouocat quidem ad Bachouium *in tr. de action. diſp. 8. th. 13.* ſed hic autor noſtram potius ſententiam confirmat. Statuit enim, actionem tributoriam ex dolo oriri, & ſimul ad *l. 8. h. t.* quæ obſtare videbatur, reſpondet. Verba eius hæc ſunt: *ad quæ ſcilicet* (id eſt, ad diſtribuendas merces peculiares) *tenetur ex edicto, & ſi neutrum fecerit*, (id eſt, nec diſtribuerit, nec mercibus ceſſerit per *l. 7. §. 1. h. t.*) *tum demum hac actione tributoria, quæ coercendo dolo comparata eſt, conuenitur per l. 7. §. 2. h. t. Nam quod dicitur in l. 8. eod. non eſſe hanc actionem de dolo, non eo pertinet, quaſi hac actione non coerceatur dolus,*

ſed

ſed quod non ſit actio famoſa, quæ in ſpecie appellatur actio doli, vt ex l. præc. 7. §. vlt. perſpicuum eſſe poteſt: vt tamen hoc notetur, in d. l. 8. rei perſecutionem contineri, *in ſpecie vſurpari, vt opponatur actioni famoſæ de dolo, quæ alias & ipſa rei perſecutoria dici poteſt, quatenus hæc opponitur actioni pœnali in duplum, triplum, vel quadruplum, &c.*

Sed poſſet quis obiicere: ergo actio tributoria, quam tu ex contractu eſſe dicis, coincidit cum actione de peculio; imo non coincidit. Differunt illæ duæ actiones & *obiecto*, & *effectu*. Actio de peculio intuitu *totius peculii:* tributoria *mercis alicuius peculiaris* reſpectu datur, *l. 11. ff. h. t.* Dominus item, vel pater, actione de peculio conuentus, *omne* deducit, quod ſibi debetur, antequam reliquis creditoribus ſatisfiat; ſed in actione tributoria velut extraneus creditor, *pro rata* ſaltem, in diſtributione concurrit, quia eo ipſo, dum paſſus eſt ſeruum vel filium in merce peculiari negotiari, priuilegio ſuo renunciaſſe cenſetur *v. l. 1. pr. & §. 2. l. 5. §. 7. h. t.*

Hæc quoad vſum theoreticum, propter confuſionem communiter receptam, moneri debuerunt. Quæritur autem, quid de vſu practico dicendum ſit? Hic diuerſæ aſſertiones ſeparandæ. Quidam ex DD. ſtatuunt, quod actioni tributoriæ propter-

ea hodie non ſit locus, quia filii, negotiationem exercentes, eo ipſo pro tacite emancipatis habentur, vid. Schultz. *Synopſ. inſtit. tit. quod cum eo &c. lit. C.* Beyer. *Poſit. ff. h. t.* Hahn. *ad Weſenbec. h. t. in fin.* quem ſequitur Lauterb. h. t. in fin. Verum hæc opinio non placet. Tacita enim emancipatio non niſi ex ſeparata demum œconomia colligitur, Brunnem. *ad l. 31. ff. de adopt.* Dau. Meuius *ad ius Lubec. l. 1. tit. 3. Rubric. num. 24.* conf. omnino Illuſtr. Stryk. *ad Lauterb. h. t. verb. habeantur.* Sed talis ſeparata œconomia, in filiofam. peculium adminiſtrante, non deprehenditur.

Quod addit Dn. Beyer *loc. cit.* quod hodie, *exorto creditorum concurſu, non pater bonis obærati diuidendis præſit, ſed iudex*, & quod per conſequens ex hoc etiam capite actio tributoria ceſſet; in eo iterum fallitur. Non enim de eo eſt quæſtio, quid pater poſt concurſum coram iudice motum fecerit; ſed de diſtributione, quam ſuſcepit, antequam cauſa ad iudicem deuolveretur. Nec enim & hodie creditores ſtatim iudicem adeunt, ſed prius tentare ſolent, annon extraiudicialiter ſuum a debitore conſequi poſſint. Interim, quod rarior hodie ſit actio tributoria, quam olim quidem, facile largior, cum rariora ſint filiorumfam. peculia, ſeruos autem non habeamus.

Diſpu-

Diſputant hic quoque, annon beneficium *quaſi ſeparationis* ex hoc titulo deduci poſſit? Quodſi enim ſeruus apud Romanos plures exercebat negotiationes, vel eiusdem negotiationis plures habebat tabernas, tunc quilibet creditor intuitu eius negotiationis, vel tabernæ, cuius intuitu ſpecialiter contraxerat, reliquis præferebatur. Exinde DD. colligunt: ſi hodie mercator aliquis plures habuit negotiationes, aut tabernas, & alter huius tabernæ intuitu ſpeciatim contraxit, quod tunc quoad bona in illa taberna reperta reliquis præferendus ſit. Hic quidem, quoad theoriam, placet opinio eorum, qui dicunt, a negotiatione ſerui ad liberi hominis negotiationem non procedere conſequentiam. Cum enim ſerui pro nullis habiti, *merci* magis, quam perſonæ creditum videbatur, & inde oriebatur ſeparatio. At liberorum hominum *perſona* obligatur, æsque alienum, quod contrahunt, totum ipſorum patrimonium imminuit, non certi loci facultates reſpicit, Gröneweǵen *ad l. 5. §. 15. & l. 16. ff. h. t.* quem ſequitur Dn. Beyer *loc. prox. cit. ad h. t. in f.* Sed ſi de praxi quæritur, prout hoc ad ſcopum noſtrum primario ſpectat, illa iterum in contrarium eſt, & pro obſeruantia beneficii quaſi ſeparationis communiter pronunciatur, vid. Illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Brunnem. Proc. conc. Cred. c. 5. §. 13.* & quos

quos ibi citat. Ceterum de iure ſeparationis & quaſi ſeparationis pluribus actum in der Einleitung zum Concurs-Proceß cap. XI.

LIB. XV. TIT. I.

De Peculio.

DISTINCTIO I.

Inter Peculium *caſtrenſe*, *quaſi caſtrenſe*, *profectitium* & *aduentitium*, idque *ordinarium* & *extraordinarium*.

Communiter hæ diſtinctiones, tanquam inutiles, obiter ſaltem tractantur, quaſi non ſint dignæ, vt vllum temporis ſpatium iis recte intelligendis inſumatur. Verum ea, quæ mox dicentur, oſtendent, fallere non ſolum DD. qui talia pro autoritate adfirmant, ſed ſimul & eos falli, qui eadem cœco impetu ſequuntur.

Vſum ſcilicet habet ea diſtinctio *I. in actionibus iudicialibus*. Intuitu peculii caſtrenſis vel quaſi caſtrenſis, filius aduerſus ipſum patrem, & aduerſus extraneum, ſolus,

lus, inſcio & inuito patre agere poteſt, *l. 4. ff. de iudic. l. 4. §. 1. ff. de caſtrenſ. pecul.* Propter profectitium nec aduerſus patrem agit, ob *d. l. 4. de iudic.* nec contra extraneum, patri enim & proprietas & vſusfructus, id eſt, omne omnino ius, competit, vid. Struu. *Exerc. 9. th. 6.* niſi forſan pater abſens ſit, tunc enim ex præſumto mandato admittitur, *v. l. 18. §. 1. ff. de iudic.* Ratione aduentitii regularis pater, tanquam vſufructuarius & legitimus adminiſtrator, actionem inſtituit, conſentiente tamen filio, ſi eius ætatis eſt, vt conſentire queat, *A)* *l. vlt. §. 3. C. de bonis quæ lib.* quod ſi pater abeſt, vel furore impeditur, filius non minus, vt antea, admittitur, cum cautione tamen de rato, vid. Struu. *loc. cit.* Denique quoad aduentitium irregulare diſtinguit quidem Lauterbach. *ad tit. de iudic.* vtrum illud conſentiente, an vero diſſentiente patre, filius acquiſiuerit, ſed ea diſtinctio effectu hic deſtitui videtur, cum *l. f. in f. pr. C. de bon. quæ lib.* filio agendi poteſtatem concedat, cum conſenſu tamen patris, quamuis

A) In ipſa *l. f.* §. 3. dicitur, quod filii præſentis conſenſus adhiberi debeat, *niſi adhuc in prima ætate conſtitutus ſit*, h. e. niſi adhuc ſit *impubes.* vid. PINELL. *ad l. 1. C. de Bon. matern. part. 2. n. 66.* CARPZ. *Ipr. for. p. 2. Conſt. 10. def. 14. n. 9.*

uis filius peculium eo diſſentiente acquiſiuiſſet. Quidni ergo & eo caſu, vbi pater in acquiſitionem conſenſit, eius quoque conſenſus in inſtitutione actionis requireretur? Ergo ita dicendum: in aduentitio irregulari filius ſemper agit, conſentiente tamen patre, qui ad conſenſum illum præſtandum iuxta *cit. l. f.* compelli poteſt per iudicem.

Sed anne quoad peculium aduentitium inter filium & patrem lis eſſe poteſt? Negatur, ob vinculum vnitatis, vnde quamdiu patria poteſtas & per conſequens ipſum illud peculium durat, omnes lites ſuſpenduntur, quæ *rem ipſam* concernunt, de illis enim ſermo eſt. Quod ſi de *modo adminiſtrandi* controuerſia oriatur, v. g. ſi pater bona aduentitia diſſipare incipit, tunc quidem patrem conuenire poteſt filius, iuxta Buſium & Brunnemannum *ad l. 4. ff. de iudic.* ſed tunc non adeſt actio proprie ſic dicta, ſed nuda & ſummaria officii iudicis imploratio, vel potius denuntiatio aliqua. Quis verò exinde aſſereret, quod *de re ipſa* etiam inter patrem & filium actio inſtitui poſſit? quod tamen facere videtur Dn. Beyer *in poſit. ff. de iudic. poſ. 19. & 20.*

II. Vſus diſtinctionis ſeſe exerit *in materia contractuum & SC. Macedoniani.* In peculio caſtrenſi & quaſi filius ex omnibus contractibus obligatur, etiam ex mutuo

l. 1.

l. 1. ſ. vlt. & *l. 2. ff. de SC. Macedon.* & ſic ibi ceſſat SCti Macedoniani exceptio; *B)* ſecus in reliquis, & quoties quis pro filiofam. habetur, quod ad aduentitium irregulare minus recte extendit Lauterbach. *ad tit. de SCt. Macedon.* cum hic filiusfam. mortem patris expectare non habeat neceſſe. Poſſes & hoc addere: Intuitu peculii militaris filius cum patre contrahit, non autem intuitu reliquorum.

III. *In materia teſtamentorum.* De peculio caſtrenſi & quaſi caſtrenſi teſtatur pro lubitu filius, *pr. I. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. l. 2. C. de caſtr. pecul. l. 50. C. de Epiſc.* & *Cler.* non autem de reliquis, cuiuscunque generis ea ſint, hoc vnico excepto, quod de peculio aduentitio ordinario *C)* patre permittente, de extraordinario autem, patre etiam inuito, *donationem mortis cauſa* celebrare poſſit: ad hanc enim præciſe non requiritur, vt quis ſit paterfamilias, quod tamen in teſtamenti factione neceſſum eſt, vid. Struu. *Ex. 40. th. 23.*

IV. In

B) Vsque ad quantitatem peculii caſtrenſis & quaſi caſtrenſis. *l. 2. ff. De SCt. Macedon.*

C) Nec non de *profectitio, arg. l. 27. ff. de m. c. donat.*

IV. In materia *relinquendæ legitimæ.* Quando quis poſt emancipationem de iis bonis teſtatur, quæ ante ex peculio aduentitio ad ipſum pertinebant, tunc liberis, vel parentibus, ex iisdem legitimam portionem relinquere tenetur, *v. Nov. 115. c. 3.* ſed quando quis teſtamentum de caſtrenſi peculio condit, tunc ad legitimam relinquendam non tenetur, *l. 9. & 24. C. de inoff. teſtam.* idem in quaſi caſtrenſi, *D) l. fin. C. pr. & ſ. 1. eod.* quod tamen intelligendum, *quam diu illa vera vel quaſi militia durat, E)* ea enim

D) Exceptio eſt quod ad filiosfamil. *Clericos*, qui omnino liberis, vel his non extantibus, parentibus, *legitimam* relinquere tenentur. *Nou. 123. cap. 19.* ex ſingulari ratione, quod pietatis & charitatis officia hos maxime, & præter reliquos, deceant, ſecundum DONELL. *Comment. Iur. ciuil. Lib. 19. cap. 5.*

E) Clarius ita diſtinguitur: Miles militiæ *armatæ* retinet hoc priuilegium, vt ſine metu querelæ teſtetur, etiam *poſtquam paterfam. factus*, niſi ſit *veteranus L. 8. ſ. 3. ff. de inoff. teſtam.* vel alio modo *miſſus:* Secus in milite militiæ *togatæ*, qui hoc priuilegio ſaltem gaudet, *donec in ſacris paternis conſtitutus*, liberatus vero a patria poteſtate; ſicut peculium habere

enim ceſſante, ipſum quoque priuilegium ceſſat, *l. 8. ʃ. 3. ff. de inoff. teſt. l. ſ. ʃ. 2. C. eod.* Disputant vero, annon illud priuilegium *militum* per *Nou. 115. c. 4. verb. a rebus propriis, in quibus habent teſtandi licentiam,* ſublatum ſit? ita videtur Couarruu. *in c. quia nos. 9. n. 9. X. de teſtam.* Salyceto *in l. ſ. C. de inoff. teſt. num. 4.* Weſenb. *Conſ. 17. num. 30.* aliisque, vid. Brunnem. *ad d. l. 9. C. de inoff. teſtam.* Mihi tamen ſe adprobat ſententia Donelli *Comm. l. 19. c. 5.* & Reusneri *de Teſtam. p. 2. c. 25. n. 7. F)* quæſtionem negantium, quia ſpecialia priuilegia generali correctioni ſubiacere non ſolent, ius teſtandi autem in peculio caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi ex ſpeciali priuilegio ſine dubio dependet. Et ergo adlata verba *Nou. 115. c. 4.* quod liberi legitimam relinquere debeant

re deſinit, ita & hoc priuilegium amittit, quamuis idem miles maneat. *L. 37. ʃ. 2. C. de inoff. teſtam.*

F) Ὁμόψηφοι ſunt HARPPRECHT. *ad ʃ. 6. I. de Exheredat. libb. n. 5. ſeqq.* ZOES. *ad ff. Tit. de Inoff. teſtam. n. 30.* L. B. de COCCEII *Iur. Controu. ciuil. eod. Quæſt. 19.* de BERGER *Reſolut. Lauterb. eod. Quæſt. 2.* LAVTERB. *Concl. forenſ. Exerc. 15. Concl. 6.* HVNN. *ad Treutler. Vol. 1. Diſp. 13. th. 3. Quæſt. 8.*

beant a rebus propriis, *in quibus habent teſtandi licentiam*, intelligenda ſunt, ſcilicet *de iure communi*.

VI. In materia *collationis bonorum*. Peculium caſtrenſe & quaſi caſtrenſe nunquam confertur, *l. 1. ſ. 15. ff. de collat. l. 1. C. de caſtrenſ. pecul.* nec aduentitium, *l. f. C. de collat.* bene tamen profectitium, *v. l. 17. C. d. t.*

VII. Quoad *beneficium competentiæ*. Filius enim intuitu rerum caſtrenſium conuentus, condemnatur in id ſolummodo, quod facere poteſt, *l. 6. & 18. ff. de re iudic.* quod ad quaſi caſtrenſia ex DD. opinione eodem modo pertinet. *G)* Secus in aliis, v. g. aduentitiis, præcipue irregularibus.

IIX.

G) Argumentum *a militia armata* ad *militiam togatam*, quod DD. heic vrgent, etſi illud analogia iuris tuetur, non tamen in vniuerſum locum habere, vel ex eo patet, quod de peculio caſtrenſi filiusfamil. miles nonnunquam *iure priuilegiato* teſtari poſſit, quod ſecus eſt in filiofamil. reſpectu peculii *quaſi caſtrenſis. ſ. 6. I. de Milit. Teſtam.* Idem argumentum in præſenti quæſtione fallere perſuaſus ſum, quoniam *cit. l. 6. & 18.* loquuntur de milite, qui *ſub armata militia* ſtipendia meruit, quæ verba excludunt *milites togatos*,

IIX. Intuitu *ipſius patris.* In caſtrenſi & quaſi caſtrenſi & proprietas & vſusfructus pertinent ad ſolum filium, pater *nihil* habet, ne quidem adminiſtrationem, niſi filius nondum maiorennis ſit, vbi tamen pater non percipit fructus, vid. Carpzov. *lib. 5. Reſp. 84. num.* 7. In peculio profectitio contra pater *omne* habet, filius nihil: in aduentitio ordinario *aliquid*, nempe vſusfructus ad patrem, *aliquid*, id eſt proprietas, ad

gatos, alias inepte vni ſpeciei tribuerent, quod omnibus commune, prout philoſophatur DONELLVS *enucl. Lib. 27. cap. 9. lit. n.* Add. ENENCKEL Baro *de Priuileg. milit. Lib. 2. Priuileg. 19. n. 6.* HARPRECHT. *ad §. 38. I. de Act. n. 12.* Adcedit, quod iura ſingularia non poſſint extendi ad conſequentiam, ne quidem ob *identitatem rationis.* Aliud vtplurimum dicendum, ſi de *interpretatione vſuali* ſermo ſit. Sic *Clericis* hoc beneficium competere teſtantur CARPZ. *Ipr. for. p. 1. Conſt. 32. def. 18.* STRYK. *ad Brunnem. Ius Eccleſ. Lib. 2. cap. 15. §. 33.* MEV. *Diſcuſſ. Leuam. inop. debitor. cap. 4. ſect. 7. n. 35.* RICHTER. *part. 1. Dec. 24. n. 4.* & in Saxonia *Doctoribus*, RIVIN. *Enunc. Iur. Tit. 52. En. 12.* de BERGER *Elect. Diſcept. Forenſ. part. 2. Supplem. p. 654.*

ad filium ſpectat. In aduentitio extraordinario Pater iterum nihil habet, præterquam nudam adminiſtrationem, *H)* ſi filius imperfectæ eſt ætatis, vbi tamen ad inuentarium conficiendum, & rationes reddendas, æque eſt obſtrictus, vt alius curator, non enim tunc vi patriæ poteſtatis, *I)* ſed vt curator adminiſtrat. v. Illuſtr. Stryk.

H). Imo ne hanc quidem ſemper patri competere puto. Quodſi enim rei, filiofamil. legatæ, vel donatæ, *vſusfructus* expreſſe patri *ademtus* ſit, adminiſtratio pertinet ad illum, quem teſtator vel donator conſtituit, aut ſi *nemo* conſtitutus ſit, vel etiam, ſi forte conſtitutus *nolit* adminiſtrare, vel *mortuus* ſit, tunc alius, *omiſſo patre*, a iudice dandus, per *Nou. 117. c. 1.* RITTERSHVS. *Expoſit. Nouellar. part. 8. cap. 8.* STEPHAN. *ad d. Nou. 117. n. 4.* SONNEM. *ad d. Nou. c. 1.* & huic ſententiæ, ceu veriori, ſubſcribit ipſe B. AVCTOR *Diſp. de Tacit. prohibit. vſusfr. patern. §. 24.*

I) Hinc in peculio aduentitio ordinario, quod vi patriæ poteſtatis adminiſtrat pater, ad *inuentarii confectionem*, vel in Saxonia, ad *iuratam ſpecificationem*, haud tenetur, bene tamen ad *nudam & ſimplicem conſignationem.* CARPZ. *Ipr. for. p. 2. C. 10. def. 9. n. 13.* Niſi forte *diſſipationis* ſubſit *peri-*

Stryk. *ad Lauterb. h. t. voc. adminiſtrare poteſt.*

LIB. XVI. TIT. II.

De Compenſationibus.

DISTINCTIO I.

Inter Compenſationem *perpetuam* & *temporalem.*

P*rior* mutuum debitum in perpetuum pro re nata, vel tollit, *A)* vel minuit, *B)* ſitque ipſo iure, ita vt ab illo

periculum, vbi ad inuentarii confectionem haud iniuria compellitur, vel *adminiſtratione* ipſi penitus *interdicitur*, eaque tertio confertur, hac lege, vt deductis libb. alimentis, reſiduum patri, tanquam vſufructuario, ſoluatur. PHILIPP. *ad Deciſ. Sax. 21. Obſeruat. 1.* FINCKELTH. *Obſ. 76. n. 16.* Dn. de BERGER *Oecon. Iur. Lib. 1. Tit. 4. ʃ. 4. Not. 1.*

A) Si alter *tantundem* mihi debeat, quantum ego ipſi.

B) Si alter *minus* mihi debeat, quam ego ipſi.

lo momento, quo alter vicisſim debere cœpit, ego ad vſuras vlterius ſoluendas non ſim obligatus, *v. l. 4. C. h. t. ibique Gothofr. in not.* *Poſterior* eo vsque ſaltem effectum ſuum exerit, donec debitor meus pecuniam mihi debitam perſoluerit, & quamuis ego iure hoc meo, quod *retentionis* alias vocatur, vtar, vſuræ tamen interim nihilominus currunt. Deinde *prior* obtinet ſaltem, ſi quantitates debeantur, aut ſpecies quidem, v. g. duo equi, ſed in genere ſolum, ſine certa determinatione, promiſſæ, in has enim non cadit pretium affectionis; ſecus in rebus determinate promiſſis, vnde certa ſpecies cum ſpecie, aut ſpecies cum quantitate, compenſari nequit, quod fuſe perſequitur Lauterbach. *ad h. t. ſub lit. O.* In *poſteriori* autem ſpecies quoque propter debitam quantitatem, aut aliam ſpeciem, iuſte retinetur, donec ſolutio facta fuerit. Hic enim rem alteri in perpetuum non aufero, ſed ad tempus ſaltem, & ſic non obſtat, licet ille maximum affectum erga eam rem foueat. Ceterum & hoc notandum, quod retentio in hac diſtinctione a Lauterbachio abuſiue compenſatio vocetur, cum proprie talis non ſit, prout obſeruarunt Zangerus, Mæſtertius, aliique a dicto Lauterbachio *h. t.* allegati, qui eorum opiniones immerito *ſcrupuloſas limitationes* appellat.

DIST.

DISTINCTIO II.

Inter Compenſationem *propriam* & *impropriam*.

Hæc cum priore coincidit, vocabulis ſolummodo mutatis. Per impropriam enim temporalis, ſiue ius retentionis, per propriam autem perpetua compenſatio indigitatur, vid. Franzk. *lib. I. reſol. 13. num. 26.* Ergo hic eadem repetenda, quæ ad præcedentem diſtinctionem adlata fuerunt.

LIB. XVI. TIT. III.

Depoſiti vel contra.

DISTINCTIO I.

Inter Depoſitum *regulare* & *irregulare*.

In regulari transfertur ſolum cuſtodia, non ius vtendi, qui enim re depoſita vtitur, furtum *vſus* committere dicitur, *v. ſ. 6. J. de oblig. quæ ex delict. naſc.* ſecus in irregulari, ideo enim hoc nomen accepit, quia a regula, ſiue ab ordinaria de-

poſiti natura plane recedit, *v. l. 24. ff. h. t.* In regulari caſus fortuitus pertinet ad deponentem, tanquam ad dominum: ſecus in irregulari, hoc enim, ſi res fungibilis cuſtodienda datur, reuera nihil aliud eſt, quam mutuum, ergo etiam dominium cum omnibus ſuis effectibus, in irregularem hunc depoſitarium transfertur, vid. omnino *l. 9. ſ. f. & l. 10. ff. de reb. credit.* Imo hinc ſimul deponens iura ſua amittit, quibus alias in concurſu creditorum fruitur, *l. 7. ſ. pen. ff. depoſ. l. 24. ſ. 2. ff. de reb. aut. iud. poſſid.*

DISTINCTIO II.

Inter Depoſitum *iudiciale*, ſeu ſequeſtrum, & *extraiudiciale*.

Haec diſtinctio ita generatim propoſita vſum ſaltem habet theoreticum, quod nempe depoſitum *iudiciale*, ſeu *ſequeſtrum*, circa res litigioſas ſolum, extraiudiciale autem circa non litigioſas verſetur, cuſtodia autem vtrobique eodem modo depoſitario concreditur. Quod ſi vero deinde ad ſubſpecies deſcendimus, vſus non contemnendus partim quoad ius Romanum, partim quoad mores noſtros, apparet, vt ex ſubſequentibus mox patebit.

DIST.

DISTINCTIO III.

Inter Depoſitum extraiudiciale *voluntarium* & *neceſſarium*, ſeu *miſerabile*.

Vſus de iure Romano in eo conſiſtebat, quod actio depoſiti miſerabilis contra inficiantem in duplum dabatur. *l. 1. ʃ. 1. l. 18. ff. h. t.* maior enim in eo depoſitario eſt malitiæ gradus, qui afflicto afflictionem addit, & miſero nouam miſeriam, ergo etiam magis coercebatur, quam quidem alius quispiam, qui in depoſito voluntario reſtitutionem rei depoſitæ dolo malo detrectabat. Hodie eiusmodi nequam ſine dubio etiam grauiter eſt coercendus, ſed non præciſe in duplum, quia actiones pœnales illæ apud nos, teſte fori experientia, non ſunt receptæ. *A)* Ipſe B. Brunnem. *ad d. l. 1. ʃ. 1. h. t. num. 3.* fatetur, actionem in duplum in de-

A) Nimis confidenter hoc adſerit AVCTOR, cuius ſententiæ quo minus ſubſcribam, facit, quod multis in locis hæc actio in duplum expreſſe confirmata ſit, veluti, in Ducatu Wurtenbergico, vid. Würtenb. Land-Recht *p. 2. Tit. 3. ʃ. f.* Norimbergæ, *Reformat. Norimberg. part. 5. Tit. 15.* in Electoratu Saxoniæ. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 16. ʃ. 3.*

depoſito miſerabili non frequentari in foro, ſed ſimul tamen negat, eam exoleuiſſe. Nobis vero vnum ex altero profluere videtur, quod quæcunque actio nunquam in foro fuit frequentata, ea quoque non poſſit eſſe *recepta*, (ita melius dicitur, quam *exoleuiſſe*, hoc enim receptionem præcedentem ſupponit.) Melius feciſſet notus ille Grœnewegen, ſi tractatum ſuum, non de legibus *abrogatis*, ſed potius de *non receptis*, inſcripſiſſet.

DISTINCTIO IV.

Inter Depoſitum iudiciale *voluntarium* & *neceſſarium*.

Voluntarium, quoniam conſenſu vtriusque litigantium fieri ſolet, in omnibus cauſis eſt permiſſum; ſicut enim quilibet iuri ſuo renunciare poteſt, ita ille quoque, qui hactenus in poſſeſſione fuit, eiusque fauore vti potuiſſet. *Neceſſarium* autem, quod a iudice decernitur, inuita etiam parte, regulariter eſt prohibitum, quia ſcilicet ſpeciem executionis conſtituit, a qua proceſſus non eſt inchoandus, & poſſeſſorem beneficio poſſeſſionis priuat, *v. l. vn. C. de probib. ſequeſtr. pecun. c. 1. X. de ſequeſtr. poſſeſſ.* Excipiunt tamen communiter ſequentes caſus, ſi nempe metus *armorum,*

rum, *B) dilapidationis*, aut *fugæ*, ſubſit, & ſufficiens cautio præſtari nequeat a perſona ſuſpecta, vid. Gœddeus *de ſequeſtrat. c. 2. num. 16. ſeqq.* Trentacinqu. *lib. 3. tit. de ſolut. reſol. 12. num. 4. ſeq.* & quos magno numero allegat Brunnem. *ad d. l. vn. C. de probib. ſequeſtr. pecun.* vbi quoque *in fine* recte monet, quod ſummarie tamen conſtare debeat de iure ſequeſtrum petentis, & quod illud petat ad conſeruationem iuris ſui. Mynſing. *Cent. 2. obſ. 11.*

DIST.

B) Duo, ad id vt ſequeſtrationi locus ſit, coniunctim requiruntur, 1) *metus armorum*, 2) *litigium de poſſeſſione*. vid. Cammer-Gerichts Ordnung *part. 2. Tit. 21. §. 3. ibi:* Die Gewehr, poſſeſſion oder quaſi aus redlichen Anzeigungen zweiffiich, und ſorgliche Empörung, Weiterung, oder Aufruhr daraus zu beſorgen, cetera. Vnde ſi *certum ſit*, alteram partem poſſidere, licet metus armorum ſubſit, ad ſequeſtrationem haud deuenitur, ſed *mandatis pœnalibus* defendendus, qui poſſidet, & coercendus qui turbat. GAIL. *Lib. 1. Obſeruat. 5. n. 5.* MEV. *part. 2. Dec. 239. n. 4. in not.*

DISTINCTIO V.
Inter Depoſitum *iuris* & *facti*.

Depoſitum *iuris* vocatur, quando debitor ob creditoris moram in accipiendo, pecuniam debitam in iudicio deponit, præuia legitima & reali oblatione, *v. l. 19. C. de vſur. l. 9. C. de ſolut.* de quo in *ſpeciali tractatu* egit Schultzius, *Witteb. 1632. 12mo*, quem excerpſit Dn. Beyer *Poſ. ff. tit. de acceptil. poſit. 6. ſeqq.* Et hoc depoſitum tendit ad obligationem, quæ antea ſuberat, diſſoluendam, ac per illud dominium in creditorem transfertur, vnde, poſtquam debitum ſemel rite depoſitum fuit, caſus fortuitus ſuperueniens non ad deponentem amplius, ſed ad dictum creditorem pertinet, qui ſibi imputare debet, quod non ſtatim receperit rem depoſitam, eandemque ipſe melius cuſtodiuerit. Aſt vero in illo depoſito, de quo ſub præſenti titulo agitur, inducitur demum obligatio, quæ antea nondum ſuberat, & caſus fortuitus ad deponentem adhuc ſpectat, neque enim hic depoſiti contractus ad transferendum dominium habilis reputatur.

LIB. XVII. TIT. I.

Mandati vel contra.

DISTINCTIO I.

Inter Mandatum *expreſſum* & *tacitum*.

E*xpreſſum* vocatur, quod per verba, *tacitum*, quod per facta contrahitur, v. g. quando quis aliquid, me ſciente & non contradicente, ſuſcipit. Differunt ergo quoad conceptum illa duo mandata, ſed in vſu praxeos non differunt. Illa enim regula tam affirmatiue, quam negatiue iamdudum communi DD. calculo probata eſt: *Quicunque expreſſe conſentire poteſt, ille etiam tacite hoc facere valet:* & contra: *quicunque expreſſe conſentire nequit, ille nec tacite hoc poteſt.* Item: *quod taciti & expreſſi eadem ſit vis & efficacia.* Quod propterea ſemel hic generaliter monuiſſe ſufficiat, nam ad reliquos cuiuscunque generis contractus, qui in tacitos & expreſſos diſpeſcuntur, eodem modo pertinet, conf. Illuſtr. Thomaſius *in Iurispr. diuin. lib. 2. cap. 7. ʃ. 24.*

DIST.

DISTINCTIO II.

Inter Mandatum *iudiciale* & *extraiudiciale*.

Hic repeti debent, quæ de pactis iudicialibus & extraiudicialibus in genere ſupra *circ. fin. tit. de pactis* monuimus, quibus adhuc addere poſſes, actus iudiciales facilius probari poſſe, quam extraiudiciales. Atque adeo regulas iuſtitiæ regulariter quidem non exigere, vt aliquid in iudicio fiat, bene tamen regulas prudentiæ. Adde & hoc, *A)* quod mandata extraiudicialia

A) Addendæ & hæ differentiæ, 1) quod mandatum *extraiudiciale* ſit *gratuitum*, *l. 1. ʃ. 4. ff. b. t. ʃ. 13. I. eod.* licet *honorarium* eidem adcedere poſſit. *l. 6. ff. eod.* non vero *iudiciale hodie*, licet ab initio honorarium haud promiſſum. Cammer-Ger. Ordn. *part. 1. Tit. 46. & 63.* HAHN. *ad Weſenbec. b. t. n. 12.* *Hodie*, inquam, aliud enim de *iure ciuili* dicendum, vi cuius aduocatis quidem de ſalario extra ordinem ius dicebatur, *l. 1. ʃ. 10. ff. de Extraord. cognit. l. 13. ʃ. 9. C. de Iudic.* munus vero procuratoris erat gratuitum, *l. 15. C. de Procurat.* 2) In mandato *extraiudiciali* locum habet ſubſtitutio, *l. 8. ʃ. 3. ff. b. t.*

cialia ſint ſimplicia, & nihil niſi qualem qualem conſenſus declarationem exigant; aſt in iudicialibus variæ clauſulæ requiruntur, vnde maiori cautione etiam concipienda, ne exceptione inſufficientis & inidonei mandati procurator a iudicio repellatur, Illuſtr. Dn. Stryk. *Caut. Contr. Sect. 2. Cap. 11. §. 1.* Vnde in multis prouinciis, v. gr. in Ducatu Magdeburgico, Brunſuicenſi, in Ciuitate Hamburgenſi, &c. certa formularia typis expreſſa proſtant, quæ tollendarum litium & diſputationum cauſa a partibus ſubſcribi & nomina procuratorum iisdem inſeri ſolent.

DISTINCTIO III.

Inter mandatum quod fit (1.) *mandantis tantum*, (2.) *mandantis & mandatarii coniunctim*, (3.) *mandantis & tertii*, (4.) *mandantis, mandatarii & tertii*, (5.) *tertii tantum*, (6.) *tertii & mandatarii* gratia.

Sedes huius diſtinctionis eſt in *§. 1. 2. 3. 4. & 5. I. de Mandat.* & in *l. 2. ff. b. t.* & ſic *b. t. c. 1. de Procurat. in 6.* niſi certæ perſonæ induſtria electa, arg. *l. 31. ff. de Solut.* aliud in mandato *iudiciali* hodie, niſi facultas ſubſtituendi diſerte a principali conceſſa. vid. ſupr. *Lib. 3. Tit. 3. diſtinct. 1.*

ſic eadem eſt textualis, non magiſterialis. Scio quidem, nonnullos impugnare pleraque huius diſtinctionis membra, quod impertinentia ſint, & ad materiam mandati referri nequeant; ſed illis ſatisfieri poſſe puto ex iis, quæ hic tradit Struu. *S. I. C. Exerc. 22. th. 8.* Sic e. g. ſi mandatum ſit *tertii cauſa*, non adeſt quidem obligatio in omnibus caſibus ad illud expediendum; quod ſi tamen ego geſſerim hactenus negotia Caii, eaque nunc vlterius Sempronio gerenda demandem, hic Sempronius, poſtquam ſemel in ſe ſuſcepit expeditionem mandati, ad illud exequendum quoque ſine dubio obſtringitur. Sic, vt verbis dicti Struuii vtar, ſi mandaui tibi, vt Titio pecuniam crederes, licet mea non intereſſet credi, tamen ſi impletum eſt mandatum, tibi contra me ob pecuniam mandato meo creditam Titio, competit actio mandati contraria.

Quicquid interim ſit de vſu theoretico, vſum practicum, qui in præſenti ad noſtrum ſcopum ſpectat, non adeſſe lubentes fatemur. Omnis enim ille, qui ex mandato agit, intereſſe aliquod docere debet, vt ipſe innuit Vlpianus in *l. 5. §. 6. ff. h. t.* alias enim agenti obiiceretur exceptio: *Tua non intereſt.* Ex quo etiam dubitare liceret contra Struuium, an mandatum *tertii tantum* gratia fieri poſſet, cum in exemplo ab

eodem

eodem adducto, mandantis, qui negotia Caii hactenus geſſerat, omnino interſit, vt ea negotia continuentur, ſi ſcilicet connexa ſint. Ergo omnes ſex ſpecies mandatorum in eo conueniunt, quod agens ſemper ad proprium intereſſe prouocare teneatur. Quamuis vero mea hac vice magis interſit, quam alia; hoc tamen non ſtatim conſtituit peculiarem contractus ſpeciem, quoad effectum talem, cum magis & minus rem núnquam variare ſoleant.

DISTINCTIO IV.

Inter *Mandatum*, *Commendationem* & *Conſilium*.

In *mandato*, prout modo dictum, ſemper eius vertitur intereſſe, qui alteri mandauit, & propterea a mandatario actione mandati contraria ad indemnitatem mandati nomine præſtandam conueniri poteſt, *l. 15. & 20. ff. h. t. l. 12. ſ. 9. eod.* Secus in *conſilio*, hic enim, qui conſilium dat, nullum plane intereſſe habet, ſed ipſi perinde eſt, an perficiatur negotium, an non, vnde non tenetur, quamuis res male ceſſerit, & quamuis ille, qui conſilium eſt ſecutus, illud alias plane non feciſſet, *v. l. 2. ſ. 6. ff. h. t.* vbi ratio additur, ſcilicet, *quia liberum eſt cuique, apud ſe explorare, an expediat ſibi conſilium, add. l. 1. ſ. 14. ff. depoſ.* Excipitur conſilium

fraudulentum, ex generali fundamento, quod fraus nullibi impunita eſſe debeat, *l.* 47. *de R. I.* In *commendatione* aliquo quidem modo commendantis intereſt, ſed tamen nec hic principaliter, & ſic indemnitatem non promittit alteri, intuitu rei, aut perſonæ commendatæ, ſed tantum ſuadet atque adhortatur. Vnde Vlpianus in *l.* 12. *ſ.* 12. *ff. h. t.* cum quidam, inquit, talem epiſtolam ſcripſiſſet amico ſuo: *Rogo te, commendatum habeas Sextilium Creſcentem amicum meum:* non obligabitur mandati, *B)* quia

B) In *cit. l.* 12. ſermo eſt de Commendatione *generali*, ex qua commendantem haud obligari facile largior. Aliud, opinor, dicendum de Commendatione *ſpeciali*, e. g. ſi quis ſcribat: Commendo tibi hunc hominem, petoque, vt ope conſilioque, &, ſi eget, *pecunia*, eum *iuues*, quo caſu vtique commendantem, velut *ex mandato*, teneri exiſtimo, *arg. l.* 7. *C. h. t.* cui ſententiæ calculum quoque ſuum adiiciunt MEV. *ad Ius Lubec. part.* 3. *Tit.* 10. *art. vn. n.* 25. *ſeq.* HERING. *de Fideiuſſor. cap.* 18. *n.* 17. B. STRYK. *Caut. Contract. Sect.* 2. *cap.* 11. *ſ.* 19. *& Vſ. mod. ff. h. t. ſ.* 11. BRVNNEM. *ad l.* 7. *C. h. t. n.* 3. DN. de BERGER *Oecon. Iur. Lib.* 3. *Tit.* 5. *ſ.* 34. *Not.* 1. HOMBORG. *Diſp. de Litter. commendatit. cap.* 4. *ſ.* 2.

quia commendandi magis hominis, quam mandati cauſa, ſcripta eſt. Exceptio eſt inter mercatores. Et huc pertinet *lib.3. tit.10. Jur. Lubec.* Vom Befehlich, welcher rathsweiſe geſchicht, vbi ita diſponitur: Will iemand einem Fremden ſein Guth nicht verkauffen, und ein ander ſtehet dabey, und ſaget: Ihr möget es ihme wohl vertrauen, die Bezahlung wird euch wohl: wird der Verkäuffer von dem Käuffer nicht bezahlet, ſo muß derjenige zahlen, welcher den Fremden loben thut, dadurch der Verkäuffer verſichert worden, quam materiam fuſius proſequitur Finckelth. *Obſeru.16.*

LIB. XVII. TIT. II.

Pro Socio.

DISTINCTIO I.

Inter Societatem vniuerſalem *omnium bonorum* & *bonorum in ſpecie.*

Quomodo quoad conceptum differant hæ duæ ſocietates, ſatis explicat Lauterbach. aliique DD. *ad h.t.* ſcilicet in ſocietate *omnium bonorum* ſocius

eius ſocio ad ea quoque communicanda tenetur, quæ titulo *lucratiuo* obtinuit, v. g. hereditatis, legati, fideicommiſſi, donationis, &c. *l. 1. ∫. 1. l. 3. ∫. 1. ff. h. t.* Mantica *de tacit. & ambig. conuent. lib. 6. tit. 15.* aſt in ſocietate *bonorum in ſpecie* (quæ & *generalis* vocatur) ea ſolum ſibi inuicem communicant ſocii, quæ titulo *oneroſo* acquirunt, ſeu, per quæſtum & negotiationem, vt communiter loqui ſueuerunt; *l. 7. ff. h. t.* Felic. *de ſociet. c. 13. num. 5. ſeqq.* Vſus practicus præcipue circa quæſtionem: *qualis in dubio ſocietas præſumi debeat?* ſeſe exſerit. Putamus autem, in dubio ſocietatem omnium bonorum non præſumi, ſed pro ſocietate bonorum in ſpecie potius pronunciandum eſſe. Quoniam enim in priori illa ſocius filiam ſocii dotare, eiusque filiis ſumtus ſtudiorum præbere tenetur, quamuis ipſe filios aut filias non habeat, quorum intuitu alter ſocius idem viciſſim præſtare poſſit, *l. 73. ∫. 1. ibi: vtrinque imputanda, ff. h. t.* hinc aperte ſequitur, quod dicta ſocietas omnium bonorum inuoluat ſpeciem alicuius donationis; aſt vero hæc nunquam facta eſſe cenſetur, *v. l. 7. ff. h. t.* Et hoc ex iis quoque, quæ ante dicta ſunt, confirmatur, quod nempe ſocius etiam ad lucratiua, & ſic etiam ad theſaurum inuentum communicandum, vt vult Felic. *d. tr. c. 12. n. 24.* obſtrictus ſit, quod iterum donationem inuoluit.

Por-

Porro, in ſocietate bonorum in ſpecie requiritur proportio lucri percipiendi, & damni ſuſtinendi, ſecundum quantitatem rerum illatarum, vel operarum, aut periculi etiam ſuſcepti, *l.6. & l.80.ff. b. t.* aſt in ſocietate omnium bonorum lucrum & damnum æqualiter diuiditur, quamuis res illatæ maxime inæquales ſint, Felic. *c.9. num. 23.* ſibi enim imputare debet alter, quod cum eo, qui parum, aut nihil in bonis habeat, ſocietatem contraxerit, & ergó de damno ſibi obueniente conqueri non poteſt.

In ſocietate omnium bonorum traditione aliqua opus non eſt, ſed res, quæ tempore ſocietatis initæ iam præſentes ſunt, *A)* ipſo iure traditæ eſſe cenſentur, *l. 1. §. 1. iunct. l. 2. ff. b.t.* niſi quod iuxta *l.3.pr. eod.* nomina cedi debeant pro rata, puto ex illa ratione, quoniam ex hypotheſi iuris Romani, nomina & actiones oſſibus contrahentium cohærent, & ab illis ſine ceſſione ſeparari nequeunt. Sed in ſocietate bonorum in ſpecie actualis traditio requiritur, quippe cuius intuitu nulla in legibus exceptio deprehen-

A) Aliud in rebus, quæ *poſtea* adquiruntur, quæ non ipſo iure fiunt communes, ſed a ſociis communicandæ. *l. 73. ſeq. ff. b. t.*

henditur, vnde hic valet, quod alias dicitur, contractus conſenſuales *perfectionem* ſuam quidem ex ſolo habere conſenſu, ſed ad *conſummationem* eorum traditionem etiam requiri.

Ceterum etiam videri poſſet, in hoc latere differentiam, quod in *l. 16. ff. de re iudic.* de ſociis omnium bonorum ſolummodo dicitur, eos frui beneficio competentiæ, non autem de ſociis in ſocietate bonorum; verum enim vero cum in *l. 63. ff. h. t.* (cuius idem eſt autor Vlpianus,) dictum competentiæ beneficium etiam vnius rei ſociis tribuatur, hinc illud quoque ſociis in ſocietate bonorum generali haud denegandum eſſe videtur, præſertim cum *cit. l. 16. ff. de re iudic.* non aperte ſocios bonorum excludat, vid. Berger. *reſol. LL. obſt. h. t. qu. 5.* Illuſtr. Dn. Stryk. *not. ad Lauterb. h. t. verb. obſt. 16.*

Ex hiſce ſimul conſtat, quid differentiæ inter ſocietatem vniuerſalem & generalem intercedat. Inter ſocietatem generalem & ſpecialem autem nullam aliam reperio, quoad effectum, differentiam, quam quod ſpecialis finiatur, quamprimum negotium illud ſpeciale, cuius intuitu contraxerunt ſocii, finitum eſt; ſocietas vniuerſalis & generalis autem regulariter vsque ad dies vitæ durare ſolet. Fateor denique, ſocietatem vniuerſalem hodie admodum

dum

dum raram eſſe, nam licet coheredes ſæpe in communione hereditatis, ipſis delatæ, ad tempus permaneant; eo tamen caſu non adeſt ſocietas *vniuerſalis*, ſed *rei vniuerſalis*, v. *l.39. ſ.3. ff. fam. hercìſc.* ſcilicet bona, quæ heredes extra hereditatem iam poſſederunt, ad hanc communionem non pertinent.

DISTINCTIO II.

Inter Communicationem rerum illatarum *quoad fructus tantum*, vel *quoad ipſum dominium*.

Vſus hic deprehenditur maximus. Si enim communicatio quoad ipſum dominium fit, tunc caſum fortuitum in rebus communicatis contingentem vterque ſociorum, ex æqua parte, ferre tenetur, quod ſecus eſt in priori caſu, vbi res ſaltem quoad fructus communicatæ fuerunt, ibi enim damnum fatale ad vnum ſocium ſolummodo pertinet. Sed quæritur; *quidnam in dubio præſumendum ſit?* Reſpondet Lauterbachius aliique, videri debere, quid inter partes actum fuerit, iuxta *l.34. ff. de R. I.* ſed cum hoc non ſemper appareat, ad coniecturas quandoque recurrendum eſt. Ex quo noua quæſtio exoritur: in quam partem coniectura tunc tendere debeat? Mihi ita videtur. Societas initur aut *de rebus pro-*

mercalibus, quas non ad perpetuum vſum ſeruamus, ſed mox iterum in alios, quæſtus cauſa, transferimus, quod fit in ſocietate bonorum in ſpecie, & particulari communiter: aut vero initur *de rebus non promercalibus*, quas nobis conſeruamus, quotannis exinde fructus percipientes, quod regulariter in ſocietate omnium bonorum obtinere ſolet. Priori caſu puto, quod in dubio præſumi debeat, res quoad ipſum dominium collatas eſſe, & ſic caſum fortuitum ad vtrumque pertinere, modo actualiter illatæ ſint, conf. *l. 58. §. 1. ff. h. t.* ſecus in caſu poſteriori. Non obſtat *l. 58. pr. ff. h. t.* vbi dicitur, ſi equus tuus (qui cum meis ad venditionem deſtinatus erat) ante venditionem moriatur, quod tu hoc caſu de reliquorum pretio nihil conſequaris, & ſic periculum ad te ſolum pertineat; cauſa enim huius aſſertionis eſt, quia equus nondum actualiter collatus erat, *cum non habendæ quadrigæ, ſed vendendæ, coita eſſet ſocietas*, vti verba *d. l.* habent. Ceterum iudicium ſuum hic cuilibet relinquo. Sane ſi vnus pecuniam contulit, alter ſolas operas præſtitit, tunc DD. facile concedunt, & res ipſa loquitur, communicationem quoad fructus ſolum factam eſſe.

DIST.

DISTINCTIO III.

Inter Socium nomine *proprio*, & *ſocietatis* nomine contrahentem.

Priori caſu ſibi acquirit obligationem, & exinde dependens ius agendi, contra ipſum ſolum quoque viciſſim competit actio, ei, cum quo contraxit, quia eius fidem ſolum ſecutus eſt, non omnium ſociorum, niſi res in vtilitatem ſocietatis verſa probetur, Felic. *de ſociet. cap. 30. num. 13. & 41.* *Poſteriori* caſu ſubdiſtinguendum: *an præpoſitus fuerit negotiationi,* tunc enim ſocii indiſtincte obligantur, *B)* quamuis res in ſocietatis vtilitatem verſa non fuerit, ipſi tamen agere nondum poſſunt, niſi in ſubſidium, aut niſi actio fuerit ceſſa, ex ſubtilitate iuris Romani, quia iura quæſita oſſibus contrahentium inhærent, a quibus absque ceſſione ſeparari nequeunt. Quod *ſi non fuit præpoſitus*, ſocios plane non obligat, niſi verſio probetur, aut ſecundum legem ſocietatis contraxerit: ſociis etiam hoc caſu non competit ius agendi, vid. Felic.

B) Modo is, qui præpoſitus, *nomine ſocietatis* contraxerit, ſecus ſi *ſuo*. B. STRYK. *Caut. Contr. cap. 10. ſ. 10.*

lic. *d. cap. 30. paſſim*, & quos magno numero allegat Lauterbach. *h. t.* add. Illuſtr. Stryk. *de caut. contract. ſect. 2. c. 10. ſ. 10. ſeqq.*

LIB. XVIII. TIT. I.

De Contrahenda Emtione.

DISTINCTIO I.

Inter Emtionem *naturalem* (ſ. *œconomicam*) & *artificialem*, (ſiue *negotiatoriam.*)

Oeconomica vocatur, qua omnes patresfamilias indigent, quando ſcilicet ea ſibi comparant, quibus in re domeſtica opus habent: *artificialis* e contrario, per quam quæſtus intenditur, qua occupantur mercatores. Vſus ſe variis modis exſerit. Scilicet ab emtione venditione artificiali, ſiue negotiatoria, excluduntur *nobiles*, & in dignitate conſtituti, *v. l. 3. C. de Commerc. & mercat. Clerici, c. 15. & 16. X. de vit. & honeſt. Cleric.* vid. omnino *doctr. ff. h. t. ſ. 4.* & in aliquibus locis

cis *forenſes*, v. Mev. *ad ius Lubec. lib. 1. tit. 2. art. 5.* item apud Romanos *officiales*, qui officii cauſa in prouincia agebant, *l. 62. pr. h. t. l. 46. §. 2. ff. de iur. fiſc.* ſed nemini œconomica eſt interdicta. Quamuis etiam apud proteſtantes clericis permittatur, quod ius commercii municipalis, Bürgerliche Nahrung zu treiben, e. g. Bier zu ſchencken, &c. acquirere poſſint, v. Schilter. *inſtit. iur. Canon. l. 1. tit. 18. §. 12. ord. Eccleſ. Saxon. tit. de priuil. & immun. Cleric. §. 3.* ſolennem tamen mercaturam nedum hodie exercere poſſunt. Recte enim monet Schilter. *loc. cit.* quod cauere debeat eccleſiæ miniſter, ne talis negotiatio in detrimentum ſacri miniſterii quoquo modo vergat, & quod abuſu priuilegium amittatur. Illud quoque extra dubium eſt, nobiles frumenta ex prædiis ſuis redactá non minus, quam alios, quæſtus cauſa vendere poſſe.

In Saxonia porro vſus huius diſtinctionis circa mulieres contrahentes *A)* deprehenditur. Scilicet, emtionem œconomicam valide celebrant mulieres ſine curatoris conſenſu, curator enim toties præſens eſſe nequit, quoties mulieres carnes, piſces, & id genus alia leuioris momenti, coemunt. At emtio negotiatoria ſine curatoris conſen-

A) Tu confer notat. Supr. *Lib. 1. Tit. 5. ad diſtinct. 1.*

ſenſu celebrari nequit, niſi forſan mulieres ſint mercatrices, tunc enim aliud dicendum, quia hoc caſu mulieres priuilegia ſua amittunt, cum inter mercatores iuxta ſimplicitatem naturalem procedatur, v. Meuius *ad Ius Lubec. lib. 1. tit. 10. Art. 1. num. 61. 62.*

Oeconomicam quoque illi valide exercent, qui adhuc ſub tutela, vel cura conſtituti, cum de admodum exiguo eorum præiudicio agatur, quod in concedenda reſtitutione in integrum prætor attendere non conſueuit. Secus autem in negotiatoria, vel artificiali, vbi de maiori periculo metus ſubeſt.

Poſſes denique & hoc addere, quod in venditione & emtione œconomica plerumque locum habeat *pretium legitimum*, in artificiali autem *arbitrarium;* ſed de vſu huius diſtinctionis mox in materia de pretio in ſpecie agetur.

DISTINCTIO II.

Inter Emtionem-venditionem *ſine ſcriptis* & *in ſcriptis* factam.

Termini quidem huius diſtinctionis nulla indigent explicatione; ſed vſus exinde apparet, quando controuertunt: *vtrum in dubio partes, ſcripturam in emtione adhibentes, eandem tanquam partem eſſentialem, vel*

vel melioris ſalem probationis gratia, adiecerint? ſeu, quod idem eſt: *Vtrum emtio in dubio ſine ſcriptis facta eſſe cenſeatur?* Hæc controuerſia ventilata fuit inter illuſtr. Dn. Strykium, & Conſultiſſ. Dn. Wilhelmum Leiſerum, Profeſſorem Wittebergenſem, prout ex tractatu *de Cautel. Contract. Sect. 2. Cap. 8. ſ. 2. & 4.* nec non *ex additamento ad dict. tract. citati Viri Illuſtris*, videri poteſt. Scilicet B. Brunnem. *in Comm. Cod. ad l. 17. C. de fid. inſtr.* (in *qua lege* ſedes eſt huius materiæ) expreſſum pactum deſiderauerat, atque adeo ſi illud non adſit, ſcripturam in dubio non ad eſſentiam, ſed ad meliorem ſolummodo probationem, a partibus adhibitam eſſe affirmauerat, quod impugnandum ſibi ſumebat Leiſerus, cui deinde in Cautelis Contractuum reſponſum fuit. Noſtrum non eſt, vt omnia, quæ ab vtraque parte adlata fuerunt argumenta, hic inferamus, quippe quæ in citato tractatu legi & videri poſſunt; hoc ſaltem dicimus, DD. in eo conuenire omnes, quod in dubio partes ab ordinaria negotiorum humanorum natura receſſiſſe non præſumantur, niſi aliud liquidiſſime doceatur: cum autem natura emtionis venditionis hæc ſit, vt *ſolo conſenſu* perficiatur, hinc applicatio ſine dubio facile fieri poterit. Nondum ergo ſcriptura ad eſſentiam emtionis venditionis pertinet, quamuis in actu contrahendi partes petierint:

tierint: man ſolle Feder und Tinte herein geben, vel: man ſolle einen Notarium hohlen, welcher den Kauff-Contract auffeßen könne, quod volebat Leiſerus, hæc enim verba ex ſubſtratæ materiæ natura explicari debent; ſed requiritur, vt partes dixerint, *perfeſtum non prius eſſe debere contractum, niſi inſtrumento completo:* vel, *ſe non aliter, quam in ſcriptis, contrahere velle:* item: Zu wiſſen, daß heute *dato* ein ſchrifftlicher Kauff geſchloſſen, vid. *cit. additam. ſ. XVI.* vbi aliæ adhuc formulæ deprehenduntur.

Sed quisnam, dicis, eſt huius controuerſiæ vſus? Maximus ſane. Si enim expreſſe conuentum, quod emtio in ſcriptis celebrari debeat, partibus facultas pœnitendi tamdiu ſalua manet, quamdiu ſcriptura, & ei accedens ſubſcriptio, & ſubſignatio, nondum completa *B)* eſt. At vero, ſi ſcriptura probationis ſaltem gratia adhibetur, (quod in dubio præſumendum eſſe modo diximus,) neutri parti facultas pœnitendi competit, quamuis ne verbulum quidem literis conſignatum fuerit, quod in reliquis contractibus conſenſualibus pariter obſeruandum.

DIST.

B) Ita tamen, vt a parte emtoris *arrha*, ſi quæ nomine futuri contractus data, *perdatur*, & a parte venditoris *duplum* reſtituatur. *pr. l. h. t. l. 17. C. de fid. inſtrum.*

DISTINCTIO III.

Inter Emtionem *ſpei* & *rei ſperatæ*.

Dupliciter explicant hanc diſtinctionem DD. *Primo* quidem ita: Emtio *rei ſperatæ* dicitur, quando quis emit rem, quæ nondum exiſtit, *naturaliter* tamen produci ſolet, v. g. fructus futuri anni: *ſpei* autem emtio, quando quis illud emit, quod non naturali ordine, ſed *per accidens* percipitur, v. g. iactus retis, de quo in *l. 12. ff. de act. emt.* iuxta hanc explicationem vſus diſtinctionis in oculos incurrit. Scilicet emtio ſpei pura eſt, & inde, etiamſi nihil captum, integrum tamen pretium exſoluendum, cum ſpes & alea loco rei vendita ſit. v. Molina *I. & I. tr. 2. Diſp. 140. n. 14.* Mantica *de tac. & ambig. conuent. lib. 4. tit. 18. n. 26.* Emtio autem rei ſperatæ tacitam in ſe continet conditionem: *ſi fructus nati fuerint*, vnde ſi nihil natum, nihil etiam debetur, ſed potius pretium, ſi iam in anteceſſum ſolutum, iterum repetitur; e contrario, ſi aliquid, licet minimum, natum fuerit, emtor ad integrum pretium obligatur. Illuſtr. Dn. Stryk. *Caut. Contract. Sect. 1. c. 3. §. 4. & ſect. 2. cap. 8. §. 9. & 10.*

Deinde nonnulli etiam ita explicant traditam diſtinctionem, vt quoad res, quæ per accidens percipiuntur, ſubdiſtinguant,

an nempe aliquid v. g. *pro piſcibus extrahendis:* Was ſoll ich euch geben für die Fiſche, ſo ihr in dieſem Zuge fangen werdet? vtrum vero *pro iactu retis*, was ſoll ich euch für den Zug geben? promiſſum fuerit. Priori caſu vocant *rei ſperatæ*, poſteriori autem *ſpei* emtionem, quo collineat Lauterbach. *Comp. iur. h. t.* ibique Illuſtr. Dn. Stryk. *verb. ſi nihil captum.* Mihi quidem illa explicatio non adeo abſurda eſſe videtur; ſed cum pleroſque interpretes eandem reiicere videam, hinc vſum eius practicum lectori commendare non audeo.

DISTINCTIO IV.

Inter Emtionem rei *demonſtratiue*, *reſtrictiue* & *modificatiue* factam.

Demonſtratiue emtio facta eſſe dicitur, quando corporis primo fit mentio, & deinde etiam quantitatis ſecundario, v. gr. Es verkaufft Caius dem Sempronio allen in ſeinem Keller voritzo befindlichen Wein, welcher etwa 12. Eymer austragen wird. Dicitur etiam emtio *per auerſionem* facta, überhaupt, im Pauſch und Bogen.

E contrario, ſi emtio *reſtrictiue* fit, primario ad certam quantitatem reſpexerunt contrahentes, v. gr. Es verkaufft Meuius dem Vlpiano 12. Eymer Weins, welche ihm aus

aus ſeinem, des Meuii Keller, ſollen geliefert werden.

Modificatiue autem contrahitur, quando quidem corporis primo fit mentio, quantitas tamen vt modus adiicitur, ſine quo quis contracturus non fuiſſet, v. g. Es verkaufft Titius dem Iauoleno allen in ſeinem Keller befindlichen Wein, iedoch will Titius zum wenigſten 12. Eymer gewähren.

Vſus diſtinctionis in eo conſiſtit. Si venditio *demonſtratiue* celebratur, tunc contractus mox eſt perfectus, & periculum emtoris, nec diminuitur vel augetur pretium, ſi plus vel minus deinde, facta menſuratione, deprehendatur, quam quidem ab initio putarunt contrahentes, Mantica *de tac. & ambig. conuent. lib. 4. tit. 17. num. 2.* Carpzou. *lib. 5. Reſp. 25. n. 6.* Illuſtr. Dn. Stryk. *Caut. Contract. ſect. 2. cap. 8. §. 30.*

Secus, ſi *reſtrictiue* quid venditum. Tunc enim periculum ante menſurationem ad venditorem ſpectat, cum, antequam illa facta, contractus ratione periculi perfectus non ſit, *l. 2. C. de peric. & commod. rei vend.* quantitatis etiam defectus & exceſſus pertinet vel ad damnum, vel ad emolumentum venditoris, Carpz. *loc. cit. n. 16.*

Denique ſi *modificatiue* contractus initus eſt, periculum ſtatim emtoris eſt, cum contractus ſit purus, modusque adiectus eius validitatem non ſuſpendat. Si tamen

D 2 minus

minus reperitur, quam in adiecto modo expreſſum fuit, hoc damno venditoris cedit; ſi plus, hoc emtor tanquam lucrum retinet. Modus enim in fauorem emtoris, non venditoris, adiectus fuit, conf. B. Brunnem. *in ſpecul. Diſp. de vendit. ad corpus & quantitat. paſſim.* Molina *de I. & I. Tr. 2. Diſp. 367. num. 9.*

DISTINCTIO V.

Inter Venditionem *vno nummo* & pro *iuſto pretio* factam.

Prior reuera non eſt emtio, ſed donatio, *arg. l. 10. §. 2. ff. de acqu. vel amitt. poſſeſſ.* neque in *l. 66. ff. de iur. dot.* contrarium aſſeritur, ſed illa ipſa lex in verbis: *remedii loco* &c. indicat, ſermonem ibi eſſe de venditione imaginaria, vid. Gothofred. *in not. ad d. l.* Dicitur autem venditio vno nummo facta, quoties pretium pro re vendita oblatum, ne minimam quidem proportionem cum eadem re habet, vnde ſi e. g. prædium, cuius verum pretium eſt 2000. thal. pro 50. thal. venditur, tunc etiam 50. thal. hoc reſpectu, & in ſenſu iuridicio, vnus nummus dicuntur, quamuis iuxta ſenſum grammaticum aliud dicendum foret.

Vſus diſtinctionis in eo conſiſtit: Veram venditionem omnes celebrare poſſunt, qui alias ad celebrandos contractus idonei ſunt;

ſunt; aſt ſimulatam non omnes. Sic e. g. ſi coniux coniugi aliquid pro vno nummo vendidit, negotium non ſubſiſtit, quia coniuges ſibi donare prohibentur. vid. *l. 38. ff. h. t.* ſic quoque venditio vno nummo facta inſinuationem iudicialem requirit, ſi res imaginarie vendita pretium quingentorum ſolidorum excedit, nec non ob ingratitudinem emtoris iterum reuocari poteſt a venditore, quæ omnia in vera venditione ſecus ſe habent.

DISTINCTIO VI.

Inter *Emtionem* & *Pactum de emendo.*

Emtio dicitur, quando non ſolum de *re vendenda*, ſed etiam de *certo pretio* conſtat, hæc duo enim ad eſſentiam huius contractus pertinent. Aſt in *pacto de emendo* de *re* ſaltem conſtat, non autem de *certo pretio*, ergo alterum requiſitum deficit, & ſic nec actio ad tradendum, nec ad pretium ſoluendum, exinde proficiſcitur. Hunc tamen effectum eiusmodi pacto tribuunt, vt ſi res in eodem ſtatu permanſerit, venditor huic potius, quam alteri cuidam, rem ſuam vendere teneatur, ſuppoſito ſcilicet, quod hic paciſcens idem pretium, quod alter forſan obtulit, cum iisdem conditionibus, ſoluere paratus ſit, vid. Illuſtr. Dn.

 Stryk.

Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. Diſferat.*

DISTINCTIO VII.

Inter Pretium *legitimum* ſ. *legale*, & *arbitrarium*.

L*egale* imponitur a legislatore regulariter illis rebus, quibus quotidie indigemus, v. gr. pani, cereuiſiæ, carnibus, &c. *arbitrarium* autem quilibet priuatus, pro ratione circumſtantiarum, determinat in rebus reliquis, v. g. ædibus, fundis, &c.

Quoad vſum hæc cape. Legale pretium accurate eſt obſeruandum, eoque non obſeruato, contrahentes ſtatim de læſione queri poſſunt, quamuis læſio ſit minima, *arg. l. 5. C. de LL.* conf. *text. 2. F. 27. §. 4.* ſed in pretio arbitrario nemo de læſione querens auditur, niſi læſio dimidium iuſti pretii excedat, vid. *l. 2. C. de reſc. vend.* illuſtr. Thomaſius *iurisprud. diuin. l. 2. cap. 11. §. 54. ſeqq.* vbi in ſpecie §. 57. notat, quod intuitu pretii legitimi interdum nec minus accipere liceat, ſi e. g. determinatio eiusdem pretii ad prohibitionem monopoliorum reſpexerit. Curioſum exemplum ad hanc materiam pertinens refert Pufendorff. *de I. N. & G. lib. 5. cap. 1. §. 8. in fin.* in ciuitatibus Græciæ receptum fuiſſe, vt venditores piſcium non ſedere deberent, ſed ſtare,

re, vt ſtandi tædio laſſitudineque confecti, quam recentiſſimos, & pretio æquo, venderent.

DISTINCTIO IIX.

Inter *Subſtantialia*, *Naturalia*, & *Accidentalia* contractuum.

Pertinet quidem hæc diſtinctio ad materiam de contractibus in genere; ſub præſenti tamen titulo a Lauterbachio tractatur, cuius veſtigia ſequi voluimus. Scilicet *ſubſtantialia* vocantur, quæ ad conſtitutionem alicuius contractus neceſſario requiruntur, & propterea per pacta adiecta mutari nequeunt, quemadmodum homo eſſe nequit, cui vel anima rationalis, vel corpus humanum deeſt, vid. *l. 36. ff. h. t*, vbi dicitur, *quod non videatur vendere, qui in venditione rei pretium ponit, donationis cauſa illud non exacturus.* Talia ſubſtantialia ſunt in *mutuo*, vt rei fungibilis dominium transferatur: in *commodato*, vt rei non fungibilis vſus certus concedatur, (hinc ſi dominium in commodatarium transfertur, fit commodatum irregulare, Mantica *de tac. & ambig. conu. lib. 9. tit. 3. num. 10.*) in *depoſito*, vt cuſtodia alteri demandetur, ſi enim ius vtendi conſequitur depoſitarius, fit iterum irregulare depoſitum, id eſt, plane deſinit eſſe depoſitum,

& fit mutuum: in *pignore*, vt nudum ius detinendi conſequatur creditor: in *emtione*, vt res pro certo pretio tradatur: in *locatione*, vt vſus rei, vel opera, pro certa mercede præſtetur; in *feudo*, vt dominium vtile, ſub lege fidelitatis, concedatur, & ita in reliquis.

Naturalia dicuntur, quæ regulariter contractum iam conſtitutum conſequuntur, non minus, quam vt in homine, poſtquam ex anima & corpore conſtitutus eſt, partes integrales, manus, brachia, pedes, &c. regulariter adeſſe ſolent. Sed quemadmodum defectus eiusmodi partium integralium eſſentiam humanam non tollit: ita quoque licet naturalia contractus abſint, contractus ipſe tamen propterea nouum nomen neutiquam conſequitur. Sic in *mutuo* ad naturalia refertur, quod gratis fiat: in *commodato*, quod culpa leuiſſima: in *emtione*, quod culpa leuis & euictio præſtetur, idem in *locatione*: in *feudo*, quod ſeruitia præſtentur; quod ſoli maſculi ſuccedant; quod feudum gratis concedatur, &c. quæ omnia ipſis tyronibus nota ſunt, & ſic probatione aliqua non indigent.

Accidentalia denique ſunt, quæ a partibus adiiciuntur, nec regulariter adſunt, prout interdum homines deprehenduntur, qui ſex digitos habent, vel, quibus etiam vna ex partibus integralibus deeſt. Sic in *mutuo* in-

interdum præſtantur vſuræ, cum tamen mutuum ſua natura ſit gratuitum; in *commodato* interdum commodatarius ad leuem ſaltem culpam obſtringitur: in *pignore* vero, & in *emtione*, aliisque ſimilibus contractibus, non raro ad leuiſſimam. Ita in emtione ſæpe remittitur neceſſitas euictionis: fides habetur de pretio: adiicitur pactum addictionis in diem, legis commiſſoriæ, de retrouendendo, & ſimilia: in *locatione* merces per anticipationem ſoluitur, aut conductor caſus fortuitos in ſe recipit: in *feudo* interdum feminæ ſuccedunt: ſeruitia remittuntur, vnde feudum francum: feudum emitur, & quæ ſunt ſexcenta in reliquis contractibus alia.

Ex adductis quoad vſum ſequentes profluunt aſſertiones:

Eſſentialia non ſolum adeſſe præſumuntur, ſed nec pacto contrahentium, ſaluo contractu, mutari poſſunt.

Naturalia adeſſe quidem præſumuntur; ſed pacto tamen mutari poſſunt, quamuis ille, qui hoc factum eſſe dicit, ad eius probationem obſtringatur, cum ſcilicet partes in dubio a diſpoſitione iuris communis receſſiſſe non videantur.

Accidentalia adeſſe non præſumuntur, adiici tamen poſſunt, & tunc illi, qui hoc aſſerit, itidem neceſſitas probandi incumbit.

Conſueuerunt nonnulli adlata haecce ſequentibus terminis ſuccinċte exprimere: quod eſſentialia *debeant*: naturalia *ſoleant*: & denique accidentalia *poſſint* adeſſe.

DISTINCTIO IX.

Inter Naturalia *interna* & *externa*.

Hanc diſtinctionem, tanquam a ſe primitus inuentam, tradit atque multis commendat Vdalr. Zaſius *in intellect. iuris ſingular. rubr. de ſubſtant. & natural. contract. p. m. 88*. Naturalia *interna* vocat, quae per naturam cohaerent, & ex viſceribus contractuum ſumta, quaſi intrinſeca qualitate inſunt, tanquam virtus a propria contractus ſpecie producta. Logici, addit, propriam paſſionem rerum nominant, velut ab eſſentialibus principiis enatam. Tale eſt, vt in contractu emtionis dominium per traditionem in emtorem transeat, nec non, vt in locatione conductor facultatem vtendi re locata conſequatur. Lauterbach. *ad h. t.* huc quoque doli praeſtationem retulit.

Externa deſcribit idem Zaſius, quae contractibus ex conſuetudine adſunt, & non alia ratione naturalia dicuntur, niſi quod frequentiori & aſſidua conſuetudine, quae in nomen naturae tranſiit, ad contractus acceſſerunt. Huc refert euictionis & culpae prae-

ſtatio-

ſtationem, & reliqua, quæ nos antea ad naturalia in genere retulimus.

Vſum diſtinctionis eſſe dicit Zaſius, quod naturalia quidem externa pactis contrahentium mutari poſſint, non autem interna, v. g. ne dolus præſtetur, ne dominium in emtione transferatur &c. quo ipſo ſubiungit, commode reſponderi poſſet ad *l. 80. §. fin. ff. de contrah. emt.* & ad *l. 24. ff. depoſ.* iuxta quos textus alias ex mente Zaſii naturalia mutari nequeunt, vnde maximam in explicando difficultatem orituram eſſe putat, niſi quis illas duas naturalium ſpecies admittere vellet.

Quamuis vero illa ſubtiliter disputari poſſint, (ipſe enim Zaſius fatetur, rem eam egere ingenio, & quidem inſtructo, ne ſubſtantialia cum naturalibus inſeparatis miſceantur) quantum tamen ad vſum practicum attinet, inter illa duo, *ſubſtantialia* contractuum, eorumque *naturalia interna*, nulla differentia adeſſe, & ſic entia præter neceſſitatem multiplicari videntur. Omnia enim, quæ de ſubſtantialibus prædicantur, etiam de memoratis naturalibus internis prædicari poſſunt, & vice verſa. At vero duas res, de quibus eadem in vniuerſum & affirmantur & negantur, nihilominus diuerſas ſpecies eſſe poſſe, ex regulis logicorum non recordor. Conſenſus eſt ſine dubio primum omnium contractuum ſubſtan-

tiale,

tiale, ergo & ad eorum ſubſtantiam pertinet, vt dolus conſenſui oppoſitus exulet. Ita quoque ſine dubio ad eſſentiam emtionis pertinet, vt dominium per traditionem transferatur, *C)* alias enim non eſſet emtio, id eſt, titulus dominii acquirendi habilis. Et ſine cauſa Zaſius *cit. leges* tanquam obſtantes & difficilis interpretationis ſibi imaginatus eſt; cum in illis, quantum ego quidem legere potui, hoc non dicatur, quod ea, quæ adduxit Zaſius, ad naturalia pertineant. Et quid ſi hoc etiam in iisdem vel in aliis iuris textibus diceretur? Abuſiue hoc fieret, vt ſæpe in aliis caſibus, [illegible] ſed

C) Imo non pertinet. Ita enim VLPIANVS in *L. 25. §. 1. ff. de Contrah. emt. Qui vendidit, neceſſe non habet fundum emtoris facere.* Et ſecundum AFRICANVM in *L. 30. §. 1. ff. de Act. emt. vend. venditor hactenus tenetur, vt rem emtori habere liceat, non etiam, vt eius faciat*, h. e. ſufficit, vt emtor rem iure & titulo emtionis retineat, & nemo eandem iure auferat, & euincat. *L. 11. §. 2. ff. eod.* CARD. MANTICA *de Tac. & ambig. conuent. Lib. 4. Tit. 3. n. 17. 21.* vbi hoc temperat in venditione rerum *fungibilium*, in his enim, vt mox conſumendis, neceſſe eſt translatum ſit dominium, quum alioqui furtum committeretur.

ſed eo ipſo noua diſtinctio non introduceretur.

Reliquæ diſtinctiones de pactis mutantibus vel adiicientibus aliquid; de pactis ex interuallo, & in continenti, adpoſitis, &c. iam ex iis, quæ ad tit. *de pactis* in genere diximus, diiudicari poſſunt.

DISTINCTIO X.

Inter Ius προτιμήσεως & *retractus*.

Profluunt hæc duo ex vno eodemque fonte, & cuicunque competit ius protimiſeos, ſiue ex ſpeciali pacto, ſiue immediate ex legis diſpoſitione, ille etiam iure retractus gaudet, *D)* & vice verſa. Differunt ergo

D) Hæc parum bene cohærent cum ſequentibus. Quodſi enim is, cui ius *protimiſeos* quæſitum, ſaltem *impedire* poteſt venditionem nondum conſummatam, neutiquam vero re iam tradita, *aduerſus poſſeſſorem* agere, *infr. Diſt. 12. h. t.* quod vtique poteſt is, cui ius *retractus* competit *h. Diſt. 10.* non adparet, quomodo is, qui iure *protimiſeos* gaudet, hoc ipſo ſimul gaudeat iure *retractus*. Sic iure Saxonico Electorali filiis in feudo *auito* competit quidem ius *protimiſeos*, neutiquam

ergo ſolummodo quoad diuerſum conceptum. Ius *protimiſeos* eſt facultas, venditionem adhuc perficiendam, oblato eodem pretio, quod tertius ſoluere paratus erat, *impediendi;* ius *retractus* e contrario, venditionem iam perfectam (ſcilicet, quæ me non conſentiente, nec iuri meo renunciante, celebrata) iterum *reſcindendi.* Plura ad hanc materiam pertinentia collegit ex Tiraquello aliisque, Gothofr. Anton. *Diſp. feudal. 10. theſ. 1.*

DISTINCTIO XI.

Inter *Ius retractus* & *Pactum de retrouendendo.*

Sæpe quidem ius retractus tam late a DD. accipitur, vt quoque pactum de retrouendendo ſub ſe comprehendat; interim tamen accurate loquendo alterum ab altero longe eſt diuerſum. Scilicet propter præcedens pactum de retrouendendo venditori intra, vel poſt præfinitum tempus, rem venditam *ſimpliciter & absque vllo reſpectu* reemere permittitur; aſt ius retractus locum non habet, niſi eo caſu, *quando emtor rem*

quam vero ius *retractus*. vid. HORN. *Iurispr. feud. cap. 20. §. 5.* DN. de BERGER *Elect. Discept. Forenſ. Tit. 40. Obſeruat. 4. Not. 2.*

rem emtam in tertium extraneum vlterius transferre intendit, vnde ſi liberi ſuccedant patri mortuo, vel pater etiam viuus liberis ſuis eam rem cedat, ius retractus nondum locum inuenit, quia hic non ſubeſt alienatio in tertium aliquem, *E)* vid. Faber *in Codic. lib. 8. tit. 38. def. 21.* Illuſtr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. verb. iterum vendita.*

DISTINCTIO XII.

Inter Ius retractus *ex lege*, & *ex conuentione* competens.

Huius diſtinctionis mentionem paulo ante iniecimus ſub *Diſt. X. h. t.* quæ adeo nunc aliquando accuratius excutienda erit. Scilicet, ſi ex *ipſa lege* competit ius retractus, tunc res, contra legis diſpoſitionem tertio vendita, a quocunque poſſeſſore iterum repeti poteſt, modo hoc intra annum, a die adeptæ ſcientiæ, rem venditam eſſe, ſuſcipiatur, *v. 2. Feud. 26. §. Titius.* Carpzou. *P. 2. C. 32. Def. 2.* vnde hæc actio communiter etiam illis, quæ in rem ſcriptæ dicuntur, accenſeri ſolet, Gail. 2. *Obſ. 19. num. 6.* vid Struu. *Iurispr. Rom. Germ. l. 3. tit. 11. aph. 33.* Idem eſt, ſi ius retractus, ex

E) Et adeſt heic ſaltem *anticipatio iuris ſperati*, ſeu futuræ ſucceſſionis.

ex teſtamento mihi competat, quamuis hic nonnulli, vt Carpzouius *P. 2. C. 32. D. 9.* diſſentiant, *F)* vid. Struu. *l. c. aph. 21. in f.* Verum enim vero quotiescunque quis dicto iure *ex conuentione* fruitur, tunc cautus eſſe debet, vt interueniat, antequam res vendita nouo emtori tradita fuerit. Poſt traditionem enim ius retractus adhuc quidem effectum ſuum habet, non tamen talem, vt tertium poſſeſſorem conuenire poſſim, ſed contra illum ſolummodo, qui vendendo leges pacti violauit, actio ad intereſſe datur, idque intra 30. annos. Exceptio eſſet, *G)* niſi quis hypothecam ſibi conſtitui curaſſet, vel pactum etiam commisſorium adieciſſet, tunc enim actione hypothecaria, vel ipſa rei vindicatione, aduerſus quemcunque poſſeſſorem, intra tempus hiſce actionibus præfinitum, experiri liceret. conf. Illuſtr. Stryk. *de inueſt. action. ſect. 1.*

F) Sed ſine fundamento. vid. AVCTOR *Doctrin. Pand. h. tit. §. 17.*

G) Alia *exceptio*, vſu fori adprobata, eſt, ſi tertius emtor *ſciat*, ius protimiſeos alicui competere, vbi actio in factum datur. CARPZ. *Ipr. for. part. 2. Conſt. 32. def. 12.* Dn. de BERGER *Oecon. Iur. Lib. 3. Tit. 5. §. 14.* quam tamen *rationi iuris ciuilis* minus congruere, haud improbabiliter iudicat STRVV. *S. I. C. Exerc. 23. th. 48.*

ſect. 1. membr. 6. §. 24. 25. 26. Thom. Maul. *de emt. vendit. tit. 7. num. 81.* Carpzou. *loc. cit. Def. 8. 9.* Struu. *alleg. loc. aph. 21.*

Deinde hoc quoque, tanquam notabilis differentia, obſeruandum, quod ius retrahendi, ex pacto competens, cuilibet cedi poſſit, niſi ad perſonam paciſcentis reſtrictum ſit, Mod. Piſtor. *p. 3. q. 169.* Maul. *d. l. tit. 7. num. 46.* quod ſecus in eo, quod ex legis diſpoſitione competit, Boër. *deciſ. 159.* Struu. *d. l. aph. 23. & 32.* qui etiam omnes caſus, quibus ex ipſa lege ius retractus competit, accurate recenſet *aphor. 25. ſeqq.*

LIB. XVIII. TIT. II.

De in Diem Addictione.

DISTINCTIO I.

Inter Pacta, quæ *ex tunc* & quæ *ex nunc* venditionem factam reſoluunt.

Termini huius diſtinctionis paululum obſcuri ſunt, non tamen vtilitate ſua deſtituuntur, ſi quis rite eos intelligit, & intelligi quoque debent, quoniam

DD. iis communiter vtuntur. Scilicet, ſi pacta venditionem reſoluunt *ex tunc*, tunc retrotrahuntur ad tempus initi contractus, & perinde habetur, ac ſi contractus nunquam celebratus fuiſſet, vnde etiam ille, qui hactenus rem emtam poſſedit, omnes fructus & acceſſiones, vna cum ipſa re principali, reſtituere tenetur. Exemplum eſt in pacto addictionis in diem, & L. commiſſoria. vid. *l. 4. §. 4. l. 6. pr. l. 16. ff. h. t. l. 5. l. 6. §. 1. ff. de L. commiſſor.*

Quoties vero venditio *ex nunc* reſoluitur, v. g. in pacto de retrouendendo, toties emtor omnes ac ſingulos fructus, durante tempore retrouenditionis perceptos, irreuocabiliter retinet, nec venditori, qui poſtea rem, vi huius pacti, recipit, ad eos conſequendos vlla ſuppetit actio, conf. *l. 2. C. de pact. inter emt. & vendit. compoſ.* ibi: *habita ratione eorum, quæ poſt oblatam ex pacto quantitatem.* &c.

DISTINCTIO II.

Inter Addictionem in diem *tacitam* & *expreſſam.*

Taciti quidem & expreſſi eandem eſſe vim & efficaciam alibi diximus, & ſic hoc intuitu nullus adlatæ diſtinctionis vſus deprehenditur; exſerit ſe tamen ille intuitu quæſtionis: *annon interdum addictio in emtione*

tione ſubintelligatur, quamuis expreſſa non fuerit? Hic diſtinguendum eſt, vtrum vendita ſit res à *priuato* aliquo, an vero ab *ipſo fiſco*. Priori caſu addictio in diem tacita nunquam ſubintelligitur, ſed indiſtincte & neceſſario adiicienda eſt; ſi quis eiusdem effectibus perfrui velit; aſt poſteriori caſu eiusmodi adiectio expreſſa non requiritur, ſed addictio in diem venditionibus fiſcalibus, ex legis diſpoſitione, iam ineſt; *l. 21. §. 7. ff. ad municipal. l. 4. C. de fid. & iur. haſt. fiſc.* ibique Gothofredus *in not.* Cuiac. *l. 2. obſ. 24.* modo tamen adiectio ab alio licitatore intra tempora ſubhaſtationi præfinita fiat, quæ tempora; pro diuerſitate prouinciarum, admodum variant. v. Einleit. zum Ciuil-Proc. *c. 37. §. 14. ſq.*

DISTINCTIO III.
Inter Addictionem in diem ſub conditione *ſuſpenſiua* & *reſolutiua* factam.

Explicatur hæc diſtinctio in *l. 2. pr. ff. h. t.* Quod ſi enim partes dixerunt: *vt meliore conditione adlata*, (ab emtione) *diſcedatur*, reſolutiua; ſi ita: *vt perficiatur emtio, niſi melior conditio offeratur*, ſuſpenſiua conditio adeſt.

Vſus practicus maxime in quæſtione de ſuſtinendis caſibus fortuitis, rei venditæ ac-

cidentibus, deprehenditur. Quod ſi enim per modum conditionis ſuſpenſiuæ, addictio indiem adiicitur venditioni, caſus fortuitus, ea pendente, accidens, ad venditorem pertinet, *A)* quia ipſe adhuc fuit dominus: contra, ſi res ſub conditione reſolutiua alicui addicitur, dominium ſtatim ad emtorem tranſit, & per conſequens hic etiam ex natura dominii, damnum fatale pati tenetur, *l.2. §.1. l.3. & l.4. ff. b.t.* Dion. Gothofred. *ad d.l.2. §.1. b.t.*

Porro in priori caſu emtor nec vſucapit, nec fructus percipit; bene tamen in poſteriori, *dd.text.* modo ſcilicet melior non adferatur conditio, tunc enim omnia reſtituenda ſunt. Quod & tunc obtinet, licet primus emtor ad idem ſoluendum paratus ſit, quod tertius aliquis obtulit. Ad *idem,*

A) Scilicet ſi *tota* res interierit, ſecus ſi *pars.* Ratio differentiæ, quod conditio exiſtens retrotrahatur ad tempus contractus, re autem in totum peremta, retrotractio fieri nequit, ſed venditio eſt nulla, quum ſine re, quæ veneat, emtio venditio intelligi non poſſit, *l. 8. ff. de Contr. emt.* quod ſecus eſt, ſi res *ex parte* perierit, heic enim fictio adhuc reperit, in quo pedem figat. *l. 8. pr. ff. de peric. & commod. rei vend.* BRVSSEL. *Tr. de Condition. Lib. 2. Tit. 1. n. 6.*

idem, inquam, ſoluendum. Quamuis enim Dn. Beyer. *in poſit. h. t. poſit. 17.* in ea opinione ſit, *quaſi in venditionibus priuatis prior poſteriorem in pretio ſuperare debeat, & quod textus communiter afferri ſoliti aliud non probent*; neſcio tamen, quid ſibi velint verba Pauli *in l. 8. ff. h. t.* quando dicit, venditorem, meliore conditione adlata, priorem emtorem certiorem facere debere, *vt ſi quid* (non plus quam) *alius adiicit, ipſe quoque adiicere poſſit.* Neque refragantur verba eiusdem Pauli *in l. præc. 7. h. t.* ibi: *niſi prior paratus ſit plus adiicere;* hic enim *τὸ plus* non refertur ad illud, *quod ſecundus emtor obtulit*, ſed ad pretium *ab ipſo priori emtore oblatum*, cui noſtræ opinioni præterea etiam praxis ſuffragatur.

DISTINCTIO IV.

Inter Pactum addictionis verbis *directis & obliquis* conceptum.

Prius fit per verba, reſolutionem prioris contractus directo, & ipſo iure, atque ſine vllo emtoris facto intercedente, inferentia, v. g. *res eſto inemta, contractus eſto nullus, liceat venditori rem ſuam vindicare, recipere, &c.* & tunc, quamuis emtor rem ſub hoc pacto emtam de facto interim alienauerit, venditor tamen eandem a quocun-

que poſſeſſore, vi dominii ſibi competentis, vindicare poterit. Secus eſt, ſi verba ita concipiantur, *quod emtor, meliore conditione adlata, rem reſtituere teneatur, &c.* tunc enim venditori nuda perſonalis actio aduerſus emtorem, ad illam reſtitutionem faciendam, competit. Vnde eſt, quod ſuadet Illuſtr. Stryk. *in Caut. contract. Sect. 2. Cap. 8.* §. 27. venditorem, ſi caute procedere velit, directis potius, quam obliquis verbis vti debere. Idem in reliquis pactis reſolutiuis obſeruandum.

NOVA DISTINCTIO.

Inter Pactum addictionis in diem *in fauorem venditoris* & *in fauorem emtoris* adiectum.

Si in *fauorem venditoris* hoc pactum adiectum, liberum ipſi eſt, vtrum meliorem conditionem adlatam *acceptare*, an vero *reſpuere*, & primam emtionem ſequi velit; quod ſecus *poſteriori caſu*, vbi pactum eſt, vt *emtori* reſilire liceat ab emtione, meliori conditione adlata. *l. 9. ff. h. t.* CARD. MANTICA *de Tacit. & ambig. conuent. Lib. 4. Tit. 28. n. 22.*

LIB. XVIII. TIT. III.

De Lege commiſſoria.

DISTINCTIO I.

Inter Legem commiſſoriam *cum die* & *ſine die*.

Vſus in eo conſiſtit, quod *priori* caſu mora ſine vlla interpellatione contrahatur, cum & hic dies pro homine interpellet, quam tamen moram emtor tamdiu purgare poteſt, quamdiu venditor nondum declarauit, vtrum iure ſuo vti velit, an minus. *Poſteriori* caſu ad id, vt emtor in mora conſtituatur, interpellatione ſine dubio opus eſt, v. g. ſi dixerit emtor: Er wolle das Kauffgeld in kurtzem bezahlen, hoc enim in puncto non conſiſtit. Verum enim vero licet ita mora ex interpellatione oriatur, eam tamen vsque ad litis conteſtationem purgari poſſe, aſſerunt DD. conf. Lauterbach, *ad h. t.*

LIB. XVIII. TIT. IV.

De Hereditate vel Actione vendita.

DISTINCTIO I.

Inter Hereditatem *delatam* & *futuram*; & hanc vel *tertii certi*, vel *incerti*.

Hereditas iam delata non minus diſpoſitioni noſtræ ſubiacet, quam aliæ res, & ergo eandem quoque vendere ſine dubio permiſſum. Aſt in hereditate futura non item. Hic enim ſubdiſtinguendum, vtrum vendatur hereditas tertii *certi*, an vero alicuius *incerti*. *Priori* caſu venditio non eſt permiſſa, ob votum captandæ mortis, niſi tertius ille conſentiat, & in eodem conſenſu perſiſtat. *A)* vid. *l. vlt. C. de pact.* Secus autem eſt *poſteriori* caſu, vbi eiusmodi præſumtum votum captandæ mortis ceſſat, & ſic quoque ratio *all.*

A) Reuocato autem conſenſu, (quæ *facultas reuocandi* tertio ſemper *ſalua atque integra* eſt,) pactum illud mox corruit. HARTM. PISTOR. *d. Q. 1. n. 31.* MEV. *P. 3. Dec. 271. n. 3.*

all. l. vlt. deficit, in qua lege dicitur, pacta de hereditate tertii certi odioſa eſſe, & triſtisſimi & periculoſi euentus pleniſſima, atque adeo contra bonos mores ea impingere. vid. Hartman. Piſtor. *p. 4. qu. 1. n. 5. & 29.*

DISTINCTIO II.

Inter Pacta de hereditate *conſeruatiua, adquiſitiua, reſtitutiua & renunciatiua.*

Pacta *conſeruatiua* vocantur, quæ inter cognatos, iure ſucceſſionis ab inteſtato iam alias gaudentes, interponuntur, eo fine, ne forſan a ſperata ſucceſſione, per teſtamentum cognati excludantur. Talia ſunt, quando e. g. filius metuit, ne a patre, propter delictum ex *Nou. 115.* admiſſum, exheres fiat, & propterea cum eodem paciſcitur. Item, quando frater cum fratre pactum init, ne facto teſtamento, extraneum inſtituat, vid. Struu. *S. I. C. Exerc. 10. th. 11. in fin.* Hæc ipſo iure Romano (& ſic multo magis moribus noſtris) permiſſa eſſe, oſtendit Illuſtr. Stryk. *in tr. de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 8. Cap. 12. §. 16. & 17.*

Adquiſitiua ſunt, quibus nouum plane ius ſucceſſionis nobis obuenit, quod alias nec ex iure ciuili, nec ex prætorio, habebamus. Hæc iure Romano militibus quidem

permittuntur, *B)* *l. 19. C. de pact.* neutiquam vero paganis, idque, ſiue ſimplicia ſint, ſiue reciproca, prout contra Gailium, Muſculum, aliosque, oſtendit Id. *d. l.* §. *19. ſeqq.* Sed quid moribus noſtris? inter perſonas illuſtres, ſtatus ſcilicet imperii, aliosque imperio immediate ſubiectos, ea licita eſſe, vnanimis DD. eſt aſſertio, vnde pacta *confraternitatis* & *ganerbinatus* originem habent, vid. Hahn. *de iur. rer. cap. 11. ſeq.* Myler. ab Ehrenb. *de Princ. & Stat. Imper. P. 1. c. 25.* §. *23.* Strauch. *Diſſert. Acad. 3. aph.* 7. de nobilibus mediatis idem aſſerit Nic. Betſ. *de pact. famil. illuſtr. cap. 5.* verum reclamat reliquorum cohors, & ſic illis quoque, qui ciuici ordinis ſunt, hoc ius ineundi pacta denegat. Rationem differentiæ adducunt, quia principes imperii legibus ciuilibus ſunt ſoluti, & ſic quoad ſucceſſionem, proprias leges ſibi ipſis condere poſſunt, Betſ. *loc. cit. cap. 4.* Klock. *Tom. 3. Conſ. 150. num. 6.* Illuſtr. Dn. Stryk. *cit. tr. Diſſ. 8. c.* 7. §. *19.* quod aliter ſeſe habet

B) Non tamen indiſtincte, ſed ſi *in expeditione* conſtituti ſint. CARPZOV. *Ipr. for. part. 2. Conſt. 35. def. 20.* Et valet hoc pactum *in vim vltimæ voluntatis*, atque adeo ſemper *reuocabile* eſt, vt quæuis alia vltima voluntas. BRVNNEM. *ad cit. l. 19. n. 3.*

bet intuitu ſubditorum, quippe quos ius ciuile adhuc ſtringit. Concedunt tamen priuatis pacta *inter coniuges*, & *vnionis prolium*, de quibus prolixe agitur in *d. Diſſ. 8. c. 5. & 6.*

Reſtitutiua pacta inuoluunt fideicommiſſum aliquod, dum de vnius ex paciſcentibus propria hereditate alteri paciſcentium, aut illi, cui is vult, reſtituenda, ineuntur. Hæc iure Romano iam licita fuiſſe probatur *cit. loc. cap. 9.* §. *4.* & *cap. 12.* §. *37.* hodie inter familias illuſtres præcipue frequentantur, vnde bona *Maioratus*, ſeu *Senioratus*, *C*) *d. Cap. 9.* §. *7.*

Denique *renunciatiua* vocantur, quando quis hereditatem, alias ad ſe pertinentem, ſponte omittit, v. g. ſi filius propter acceptas ſtudiorum impenſas, vel filia propter acceptam dotem, *D*) reliquæ hereditati

C) Dicuntur ita, quod vnus ſolum agnatus ſuccedat, & quidem is, qui in tota aliqua familia *ætate maior* eſt, der Aelteſte des Stamms und Namens. KNIPSCHILD. *de Fideicommiſſ. famil. nobil. cap. 6. n. 266. ſeqq.*

D) Non tamen *abſolute* requiritur, vt filia renuncians *dotem* acceperit, prout quidem exiſtimat CARPZ. *Ipr. for. p. 2. Conſt. 35. def. 5.* ſed *indiſtincte* renunciatio valida

tati paternæ renunciat. De hoc quidem diſputant, vtrum de iure Romano valuerint, annon? & non pauci negatiuam defendunt; verum enim vero, vt rationes ab vtraque parte adferri ſolitas prolixe hic recenſeamus, inſtituti noſtri non eſt, vide ſis Illuſtr. Dn. Stryk. *d. diſſ. 8. cap. 12. §. 40. ſeqq.* qui affirmatiuam propugnat. Nobis ſufficere poteſt, quod iuxta mores hodiernos, validitas eiusmodi pactis non denegetur, idque ſiue a priuatis, ſiue ab illuſtribus perſonis celebrentur. vid. Carpzov. *p. 2. c. 35. def. 8.* Exempla habes in *cit. tr. de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 8. c. 10. §. 4. ſeqq.* vid. Guttierez. *in c. quamuis 2. de pact. in 6. verb. filia num. 4.* Struu. *Exerc. 38. theſ. 51.* Id probe hic obſeruandum, quod non nuda ſufficiat renunciatio, ſed quod ea iuramento confirmari debeat, *c. 2. de pact. in 6.* Coler. *deciſ. 38.* adeo vt aſſertionem bey Fürſtlichen, Gräfflichen, Adelichen Ehren, item

lida. KELLENBENTZ *de Renunciat. Succeſſ. Q. 42. n. 27.* FACHIN. *Controu. Iur. Lib. 3. cap. 24.* quamuis, ſi propria bona non habeat, *dotis petitio*, etiam *poſt renunciationem*, *ſalua* ſit, quum dos ſeparatam plane a iure ſuccedendi rationem habeat. HARTM. PISTOR. *part. 4. Q. 6. n. 25. ſeq.* MEVIVS *ad Ius Lubec. part. 2. Tit. 1. Rubr. n. 68.*

item an Eydesſtatt, non ſufficere ſtatuant, Kellenbentz *de renunciat. ſucceſſ. quæſt. 3.* ſecus de iure Saxonico communi, vbi tale iuramentum non exigitur, *E)* ſed ſola renunciatio ſufficit. Land-Recht *lib. 1. art. 13.* Richter *deciſ. 69. n. 7. ſeqq.* Struu. *cit. Exerc. 38. th. 51.*

DIST.

E) Idem *Iure Saxonico Electorali* obtinet in *maſculo*, ſecus in *fœmina*, cuius *iurata* renunciatio requiritur, ſecundum CARPZ. *Ipr. for. p. 2. Conſt. 35. def. 7.* a cuius ſententia tamen rectius diuortium faciunt de BERGER *Oecon. Iur. Lib. 2. Tit. 4. §. 48. Not. 5.* HORN. *Iuriſpr. feud. cap. 16. §. 17.* qui, excitatis hanc in rem *præiudiciis*, renunciationem matris, ſororis, etiam *ſine iuramento* validam cenſent, partim quod *d.* CONSTITVT. 35. non de *quacunque fœmina*, ſed de *filia* ſaltem loquatur, partim, quod etiam quæſtionem illam: *Num filia hereditati paternæ iurato renunciare debeat, nec ne?* ex inſtituto non tractet, ſed hanc: *Num, ſi filia iurato hereditati renunciauit, renunciatio hæc ob læſionem enormiſſimam reſcindi poſſit?*

DISTINCTIO III.

Inter venditum Nomen *verum* & *bonum*.

Duplex in nominibus ceſſis moueri ſolet quæſtio: (1.) *an reuera debeatur?* & (2.) *an etiam debitor ſoluendo ſit?* Ex affirmatione prioris, *veri*, ex poſterioris autem, *boni* nominis prædicatum oritur. Non ſunt hæc nuda ſaltem vocabula, ab otioſis metaphyſicis inuenta, ſed effectum quoque poſt ſe trahunt. Quæritur enim: *an cedens ad vtrumque, verum ſcilicet & bonum nomen, an vero ad alterutrum ſolummodo præſtandum obligetur?* Reſpondet Vlpianus in *l. 4. ff. h. t.* ſi nomen ſit diſtractum, *locupletem eſſe* debitorem, non debere præſtare: *debitorem* autem *eſſe*, debere præſtare, niſi aliud conuenit. Quod variis modis ampliant DD. ſcilicet, quamuis iam periculum tempore venditionis adfuerit, & venditor euictionem expreſſe promiſerit, aut denique emtor ignorauerit, *F)* debitorem non

F) Quod ad hunc articulum, in alia omnia quidem abit FRANZKIVS *cit. tit. n.* 77. ſed AVCTORIS ſententia nihilominus præferenda, quum ceſſionarius ſibi imputare debeat, quod ceſſionem admiſerit, nec in de-

non eſſe ſoluendo, Franzk. *ad tit. de euict. num.25.27.ſeqq.* Lenz. *de nom.ceſſ.c.27 Membr. 7.n.14.ſeqq.* Lauterbach. *ad h.t.* Exceptio eſt, niſi in dolo fuerit cedens, aut expreſſe promiſerit, *G)* quod non ſolum *verum*, ſed etiam *bonum* nomen emtori præſtare velit, vid. Auct. *alleg.*

DIST.

debitoris ceſſi conditionem diligentius inquiſiuerit, vel denique nomen, ſine ſpeciali pacto, de euictione *idonei debitoris* præſtanda, receperit. Vid. LENZ. *de Nomin. & Action. ceſſ. cap. 27. membr. 7. n.20.ſeq.*

G) Generalis enim & *ſimplex* euictionis promiſſio, ſecundum naturam contractus, de nominis *veritate* ſaltem, & de *debitore vero* intelligenda, non de idoneo. LENZ. *cit. Tr.cap.27.membr.7.n.14.ſq.* B. STRYK. *Caut. Contr. Sect.4. cap.2. §.6.* Niſi forte *circumſtantiæ aliud ſuadeant*, e.g. ſi is, cui nomen ceditur, *de bonitate eius dubitet*, cedens vero ſe ad euictionem offerat, vbi, quia de bonitate actum, adparet, cedentem hac ſua promiſſione bonitatem polliceri voluiſſe, prout illam ſententiam temperat BRVNNEM. *de Ceſſion. Action. cap.5. n.61.*

DISTINCTIO IV.

Inter Actionem *vtilem* & *directam* a ceſſionario inſtitutam.

Vtilem actionem illam vocant, quando ceſſionarius *ſibi* obligatum eſſe dicit debitorem, *ſeque* creditorem appellat, & *venditionem*, *vel donationem*, *tanquam titulum ceſſionis* allegat; e contrario autem *directam*, quando ceſſionarius *in perſonam cedentis* concludit, & *in ipſa* ceſſione ſeſe fundat, Franc. Caldas *de emt. vendit. c. 24. num. 28.* B. Brunneman. *de ceſſ. act. c. 5. num. 19.* Subtiliter ſatis! vnde videri poterat, hic idem applicandum eſſe, quod alias de diſtinctione, inter actiones directas & vtiles, diximus, eam mere theoreticam eſſe, & nullum omnino in praxi vſum præſtare; ſed neſcio, quo fato euenerit, quod communiter DD. hac parte adhuc vtilitatem aliquam adeſſe afferant.

Scilicet vſus iuxta eos conſpicitur (1.) *intuitu reconuentionis*, *a debitore ceſſo inſtitutæ.* Quod ſi enim directa egerit actione ceſſionarius, ad eandem reſpondere tenetur; ſecus, ſi vtili, vid. Brunnem. *d. c. 5. num. 10. & 11.* vbi tamen prius in eo caſu limitatur, ſi ceſſio neceſſaria fuerit, aut voluntaria quidem, ſed tamen ex cauſa oneroſa profecta, modo abſit dolus, & læſio debito-

ris

ris ceſſi hic non expreſſe intendatur, quæ & ſimiles limitationes totam fere regulam abſorbent.

(2.) *Intuitu exceptionum, quæ ceſſionario opponi poſſunt.* Exceptio enim, quæ cedenti obſtabat, indiſtincte etiam ceſſionario opponitur, ſi actionem directam inſtituit. Verum, ſi actione vtili experitur, exceptiones, ipſam rem concernentes, ſolummodo admittere tenetur, v. g. ſolutionis, compenſationis, (quas fuſe recenſet Brunneman. *d. tr. cap. 6. num. 29.*) non autem eas, quæ qualitatem perſonæ cedentis reſpiciunt, v. g. competentiæ. Hinc ſi v. g. ſocius contra ſocium ipſe ageret, frueretur reus condemnatus hoc competentiæ beneficio; verum ſi actionem eam extraneo cedit, & hic actione vtili experitur, reus beneficio ſuo excidit. Dura ſane aſſertio, quam propterea recte perſtringit *H)* Idem *d. c.*

H) De exceptione *competentiæ* BRVNNEM. *loc. cit.* non tractat, ſed de exceptione *compenſationis*, quod hæc locum habeat aduerſus ceſſionarium, licet is *vtili* actione experiatur; quoniam actio vtilis non poteſt ad plus dari, quam ad quod datur actio directa. Add. DN. de BERGER *Reſolut. Laut. p. 251.* Interim recte ſe habet AVCTORIS aſſertio de beneficio com-

d. c. 6. num. 21. 22. Limitant illam, ſi actio titulo lucratiuo ſit translata, vid. Io. a Sande *de ceſſ. act. cap. 13. §. 9.* Franc. de Caldas *de emt. & vend. cap. 24. num. 56.*

Reliqua, v. g. quod actio directa ſit *natiua*, & ex ceſſione ſeu mandato oriatur: vtilis autem *datiua*, quæ ab Imperatore, (antiquam ſubtilitatem tollere volente, vid. *l. 5. C. de hered. vel act. vendit. l. 1. in f. C. de O & A*) data eſt iis, qui iuſtum titulum absque actuali ceſſione habent: item: quod directa exſpiret morte cedentis, *I)* non vtilis:

petentiæ, quum debitoris conditio facto creditoris durior fieri nequeat. Add. LENZ. *d. Tr. cap. 32. Membr. 4. n. 12. ſeqq.* iunct. *Membr. 1. n. 1.* qui tamen in eo fallitur, quod exceptionem competentiæ *realem* ſtatuat, refragante LL. auctoritate. *vid. l. 12. 15. §. 1. ff. ſolut. matrimon. l. 63. §. 1. ff. Pro ſoc. l. 24. ſeq. ff. de Re iudic.*

I) Sine herede, (hoc enim relicto, ſalua quoque manet actio *directa*, quam ceſſionarius recte exercebit ex perſona heredis, in quem, cum reliquis defuncti iuribus, etiam actio directa tranſit) & *re integra*, h. e. lite a ceſſionario nondum conteſtata, decedentis; poſt L. C. ceſſionarius litis dominus factus. *l. 23. C. de procurat.* IO. A SANDE *de Ceſſion. Action. cap. 14. §. 2. ſeqq.*

lis: *K)* nec non, quod ceſſionarius ipſum cedentem, intuitu ceſſionis, vtili quidem, *L)* non vero directa actione, conuenire poſſit, vid. Brunnem. *d. c. 5. num. 6. ſeqq.* leuiora eſſe videntur.

Vides ergo, B. L. eam eſſe interpretum ſententiam, quod melius faciat ceſſionarius, ſi actione vtili, quam ſi directa experiatur. Ergo illa quoque ſemper eligenda erit, id quod in dubio etiam factum eſſe præſumitur, præcipue ſi herba betonica, famoſa illa clauſula ſalutaris, libello adiecta eſt.

LIB. XVIII. TIT. V.

De Reſcindenda Venditione, & quando liceat ab emtione diſcedere.

DISTINCTIO I.

Inter Læſionem *modicam*, *enormem* & *enormiſſimam*.

Modica vocatur, quæ eſt infra dimidium: *enormis*, quæ eſt vltra dimidium,

K) Quia hæc tota effecta ceſſionarii, diciturque is eam habere *proprio nomine.* SANDE *d. l. §. 1.*

L) Si ad ipſum res, cuius nomine actio ceſſa, peruenerit.

midium, id eſt, quando vel emtor plus quam duplum ſoluit, vel venditor ne dimidiam quidem iuſti pretii partem accepit: *enormiſſimam* appellant, quando læſio vltra triplum, quadruplum, &c. adeſt.

Ob *modicam* minorennes quidem reſtituuntur, modo non plane ſit minima, non autem maiores, prout ex *tit. de minor. 25. ann.* conſtat; verum ob enormem & enormiſſimam maiorennibus etiam *A)* ſuccurrunt leges. Hac parte ergo inter enormem & enormiſſimam nulla adeſt differentia. Nec illud alicuius momenti videtur, quod dicit Carpz. *p. 2. conſt. 34. def. 7. princ.* læſionem enormiſſimam contractum *ipſo iure nullum* reddere; propter enormem autem *reſtitutione ciuili* ex *l. 2. C. de reſc. vend.* opus eſſe; hoc enim legum autoritate deſtituitur, quæ ob *præſumtum* dolum contractum

A) Quamuis contractus emtionis venditionis *iudicialiter* celebratus, vel confirmatus ſit, quoniam hic caſus nullibi exceptus, nec Iudex, in confirmatione contractus, de *iuſtitia pretii* cognoſcit. vid. Dn. de BERGER *Elect. Diſceptat. forenſ. Tit. 39. Obſeruat. 9. Not. 4. p. 1161. ſeq.* & *part. 2. Supplem. p. 727. ſeq.* Diſſentit CARPZ. *Lib. 5. Tit. 6. Reſponſ. 54.* cuius ſententiam ſequitur ORD. POLIT. MAGDEB. *cap. 22. §. 12.*

ctum pro nullo nunquam declarant, ſed ſolum ob dolum verum. Ergo hoc vnicum remanet, quod nempe, ſi quis beneficio reſcindendi contractum ob læſionem, renunciat, *B)* ea renunciatio in dubio ſaltem de enormi intelligenda ſit, non autem de enormiſſima, quippe de qua probabiliter non cogitauit renuncians, ad non cogitata autem renunciatio extendi nequit. Idem eſt, ſi maiorennis

B) Requiritur autem renunciatio *ſpecialis*, quoniam in *generali* (h. e. qua quis omnibus iuribus & beneficiis ſibi competentibus renunciat) de læſione enormi non cenſetur cogitatum, ad non cogitata autem renunciatio non extenditur. ARVMÆ. *in Commentar. ad l. 2. C. de Reſcind. vendit. Diſp. 3. Them. 23.* RICHTER. *part. 2. Dec. 99. n. 48.* Eadem deciſio obtinet, licet generalis renunciatio *iuramento* ſit corroborata. Quamuis enim heic DD. nonnulli diſſentiant, ob regulam Iuris Canonici: *Omne iuramentum, quod citra diſpendium æternæ ſalutis*, cetera, nihil tamen muto, quoniam deficit vnus comes iuramenti, nimirum *iudicium*. Add. B. AVCTOR. *Diſp. de Brocardico: Omne iuramentum, quod citra diſpendium æternæ ſalutis*, cetera §. 31.

iorennis iurauit, *C)* ſe contractum ſeruaturum eſſe; tunc enim iuramentum infert quidem renunciationem læſionis enormis, neutiquam vero enormiſſimæ. vid. Barboſ. *ad l. 2. C. h. t. num. 130.* Franzk. *l. 2. reſol. 4. num. 25. & 31.*

Equidem nonnulli putant, quod ob læſionem enormiſſimam etiam tertius poſſeſſor conueniri poſſit, non vero ob enormem; vid. Berlichium, Barboſam & quos præterea citat Lauterbach. *ad h. t.* verum hæc differentia iterum autoritate iuris deſtituitur, nec leges a Lauterbachio tanquam obſtantes allegatæ, *l. 94. §. 1. ff. de leg. 1. l. 13. §. 1. ff. de minor. & l. 67. ff. de contrah. emt.* ad hanc quæſtionem in ſpecie pertinent, ſed ad eam in genere: annon ob læſionem, tam enormem, quam enormiſſimam, in ſubſidium tertius *D)* conueniri poſſit? quod quam-

C) Aliud de *minorenne* dicendum, hic enim, ob *iuramentum* præſtitum, repellitur quidem a beneficio reſtitutionis in integrum *ex capite ætatis*, minime vero ex *capite læſionis enormis.* ANTON. GOMEZ. *Variar. Reſol. Tom. 2. cap. 14. n. 20.* FRANZK. *Lib. 2. Reſol. 4. n. 14.*

D) Vt regreſſus aduerſus *tertium poſſeſſorem* pateat, ex mente ſententiaque DD.

quamuis generaliter ex dictis textibus probari nequeat, a DD. tamen in praxi conceditur, Struuius *S. I. C. Ex.* 23. *theſ. 91.*

LIB.

DD. requiritur, vt tertius ille rem poſſideat *titulo lucratiuo*, vel *eodem vitio læſionis vltra dimidium* laborante, aut, ſi *titulo oneroſo* & *iuſto pretio* rem adquiſiuit, vt in *m. f.* ſit, h. e. ſciat, illam rem eſſe venditam cum læſione venditoris vltra dimidium, quamuis nec hoc caſu, niſi *in ſubſidium*, conueniri poſſit. COVARRVV. *Variar. Reſol. Lib.* 2. *cap.* 3. *n.* 10. Verum rectiſſime AVCTOR ab hac ſententia diuortium facit, quum actio perſonalis non niſi contra illum, qui ex contractu mihi obligatus, eiusque heredem, intentari poſſit. Nec LL. a LAVTERBACHIO, velut obſtantes, excitatas, illi ſententiæ fauere, poſt ANT. MERENDAM *Controuerſ. Iur. Lib.* 1. *cap.* 43. euicere L. B. de COCCEI. *Iur. Controuerſ. ciuil. h. t. Q.* 10. DN. de BERGER. *Reſolut. Lauterb. eod. Q.* 4.

LIB. XVIII. TIT. VI.

De Periculo & Commodo rei venditæ.

DISTINCTIO I.
Inter Venditionem *perfectam* & *conſummatam*.

Perfectio venditionis ex declaratione conſenſus *A)* reciproce facta, *conſummatio* autem ex ſubſequente traditione dependet. Quoad facultatem pœnitendi, commodorum *B)* perceptionem, &

A) Modo ille conſenſus *pure* declaratus, & conſtet, quid, quale, quantum ſit, quod veniit. *l. 8. pr. ff. h. t.* Aliud ergo dicendum, ſi conſenſus *ſub conditione ſuſpenſiua* interpoſitus, aliud, ſi res *fungibiles* venditæ, nec admenſuratio, adnumeratio, adpenſio, adceſſit. Conf. B. AVCTOR *Doctr. Pand. h. t. §. 3. ſeqq.*

B) Nec non *incommodorum;* caſus enim fortuitus mox, *perfecta venditione*, ad *emtorem* ſpectat. AVCTOR *Doctr. Pand. h. t. §. 1.* etiam *in Saxonia.* Diſſentit AVCTOR *loc. cit.* non niſi poſt *reſignationem iudicialem*, quod ad res immobiles, in Saxonia,

& onerum præſtationem, inter vtramque nihil intereſt, hæc omnia enim ſemper ad emtorem pertinent, ſiue perfecta fuerit venditio, ſiue conſummata. Vnica ſaltem adeſt differentia, ſcilicet *intuitu actionis realis* inſtituendæ. Hinc ſi ante traditionem res vendita ad tertium poſſeſſorem peruenit, emtor contra eundem non poteſt

nia, caſum fortuitum ad emtorem pertinere contendens, excitato CARPZOVIO *Ipr. for. part. 2. Conſt. 39. def. 35.* Verum hic quæſtionem penitus diuerſam tractat, prout patet ex Rubro *d. def.* quod ita habet: *Non transfertur REI DOMINIVM in foro Saxonico, niſi præcedente alienatoris abdicatione, traditio iudicialiter facta fuerit.* E contrario, quod venditione perfecta, *periculum* rei venditæ mox ad emtorem pertineat, licet res *nondum tradita*, nec *reſignatio iudicialis* adceſſerit, IDEM aperte fatetur *part. 2. Conſt. 26. def. 20.* ib. *præiudic.* Add. MEYER. *Tr. de Inueſtitur. Sax. in reb. allod. immobil. cap. 6. n. 31.* In Ducatu Magdeburgico vero AVCTORIS ſententiam obtinere, patet ex ORD. POLIT. MAGDEB. *cap. 22. §. 2.* Add. STATVT. HAMBVRGENS. *part. 2. Tit. 8. art. 13.*

eſt inſtituere actionem realem, ſed venditor, quia ius vindicandi demum ex traditione *C)* conſequitur emtor. Et hinc non abſolute, ſed hoc ſaltem reſpectu, *D)* ven-

C) Sed ſi rationem veſtiges, cur ius vindicandi demum ex traditione conſequatur emtor, ſane nulla alia ſuppetit, quam hæc, quod rei vindicatio nonniſi a domino intentari poſſit, qualis ante traditionem non eſt emtor. vid. §. *40. ſeq. I. de Rer. Diuiſ. L. 11. C. de Act. emt. vend. L. 6. C. de Hered. vel act. vend.*

D) Mihi ſalua exiſtimatione AVCTORI debita, contraria ſententia probabilior videtur. Duæ in *cit.* §. *3. verſ. Quodſi,* ventilantur quæſtiones, *altera:* Num ſi ſeruus venditus fugiat, vel ſubreptus ſit, citra dolum vel culpam venditoris, hic teneatur, ſi cuſtodiam eiusdem ſpeciatim in ſe non recepit? Et hæc negatur. *Altera:* Cuinam, ob rem venditam ſubreptam, Rei vindicatio competat, num emtori, an venditori? Et reſpondet Imp. venditorem emtori exhibere debere rei vindicationem, addita ratione: *Quia ſane, qui nondum emtori rem tradidit, adhuc ipſe dominus eſt.* Ex quo conſit, dominium venditoris neutiquam, prout AVCTOR quidem exiſtimat, ab

venditor ante traditionem adhuc dicitur dominus in §. 3. *I. de emt. vend.* ibi: *vtique tamen vindicationem rei & condictionem exhibere debebit emtori: quia ſane, qui nondum rem emtori tradidit, adhuc ipſe dominus eſt.* Ex quo §. nec non ex *l. 20. C. de pact.* & ex *arg. l. 3. pr. ff. de O & A.* Lauterbach. proinde ad *tit. ff. de acquir. rer. dom.* male infert, *E)* quod theſaurus, ante traditionem, in fundo vendito repertus, ad venditorem pertineat, hic

ab Imp. *certis cancellis circumſcribi*, ſed *generalem rationem* expromi, cur emtor, ſuo iure, rei vindicationem intentare nequeat, nimirum, quia *ante traditionem emtor non eſt dominus*, ſed adhuc ipſe venditor; cui noſtræ interpretationi adſtipulantur BACHOV. VINN. GIPHAN. HARPRECT. *ad cit.* §. 3. HVBER. *Prælect. ad I. Lib. 3. Tit. 24.* §. 9.

E) Quum theſaurus ſemper cedat domino, §. 39. *I. de R. D.* paullo ante vero euictum ſit, venditorem *ante traditionem* adhuc dominum eſſe, non male, ſed optime infert LAVTERBACHIVS, quod theſaurus, in fundo vendito, ante traditionem, repertus, ad venditorem pertineat, quam ſententiam ex inſtituto defendi in *Diſp. de Theſaur. in fundo vendito ante tradit. reperto*, vbi §. 14. *ſeq.* ſpeciatim AVCTORIS argumentis ſatisfactum.

hic enim reſpectu emolumentorum non eſt dominus *v. d.* §. *3. l. de emt. vend.* Fluit vero ex adductis, quod, ſi venditor ante traditionem, rem venditam tertio alicui denuo vendat, primus emtor contra hunc ſecundum actionem etiam non habeat, ſed ſaltem contra venditorem ad intereſſe.

Ergo, vt binis verbis ſummam rei exhibeamus: venditio *perfecta* actionem perſonalem contra ſolum venditorem: *conſummata* autem realem aduerſus quemcunque poſſeſſorem rei venditæ producit.

LIB. XIX. TIT. II.

Locati conducti.

DISTINCTIO I.

Inter Locationem *rerum* & *operarum*.

In locatione rerum locator ad vſum rei concedendum *præciſe* obligatur, vid. Zœſius *h. t. num. 5. in f.* at vero in locatione operarum liberatur, modo intereſſe

eſſe præſtet. *A)* Porro: locatio operarum non tranſit ad heredes, quia vtplurimum induſtria perſonæ eſt electa: ſecus in locatione rerum, quæ ad heredes vtriusque tranſit, tam locatoris, quam conductoris, ob defectum modo adductæ rationis. In locatione operarum interdum præſtatur culpa leuiſſima, ſi quis tanquam artifex aliquid expedire obſtrictus eſt, *l.25.§.7. ff.b.t.* ſed in locatione rerum præter leuem culpam nihil exigitur. In locatione operarum interdum aliquis ad operas alteri præſtandas inuitus cogi poteſt; ſic v. g. ruſtici (licet non ſint homines proprii) operas, quas locandas deſtinarunt, nondum tamen alicui in ſpecie promiſerunt, tenentur dominis ſuis, præ aliis, locare, modo dominus eodem tempore illas exigat, eandemque mercedem offerat, vid. Carpzóu. *P.2. Conſt. 51. def.9.* verum ad locationem rerum nemo vnquam compellitur. &c.

DISTINCTIO II.

Inter Locationem *operarum* & *operis.*

Locationem *operarum* vocant, quando operæ nudæ & indeterminatæ, v. g. a famu-

A) Ratio differentiæ ex vulgata diſtinctione, inter facta *nuda* & *qualificata*, repetenda, de qua vid. AVCTOR. *Doctr. Pand. tit. de Pact. §. vlt.*

famulis noſtris, & ancillis, promittuntur, *operis* vero, quando operæ ad certum aliquod opus perficiendum ſunt deſtinatæ, v. g. vt faber lignarius, vel murarius, integrum ædificum, aut partem aliquam, extruat. Iam vlterius ita pergunt DD. in locatione rerum, & *operarum*, is dicitur locator, qui vſum rei, vel operas præſtat, & mercedem accipit, conductor vero, qui pro vſu rei, vel opera, mercedem ſoluit. Sed in locatione *operis*, qui eſt locator operæ ſuæ, der ſeine Arbeit verdinget, ille dicitur conductor reſpectu operis faciendi, v. g. ædium; qui vero eſt conductor operæ, der etwas machen läßt, ille dicitur locator reſpectu operis, des Dinges, das er machen läßt, & hic mercedem ſoluit. Ita hoc explicat Rebhan. *Hodeg. iur. chart. 2. clim. 4.* §. *10.* & ex eo Hopp. *Exam. I. b. t. q. 3.* aliique.

Subtilia inuenta, fateor, ſed ita ſubtilia, vt propter ſubtilitatem ſuam omnem in foro vtilitatem amiſerint. An enim exinde, quod locator operæ intuitu operis, ad quod operas ſuas locat, conductor vocatur, nouum ius, aut noua obligatio, aut alius aliquis nouus atque peculiaris effectus profluit? Ego ſane hactenus non vidi vllum, qui hoc demonſtraſſet. Hinc ſufficere poteſt, modo quis ſciat: *locatorem* vocari illum, qui mercedem accipit, conductorem autem, qui mercedem ſoluit, & hoc ſine di-

ſtinctio-

ſtinctione, vtrum locatio operarum, operis, aut rerum, adſit.

DISTINCTIO III.
Inter Locationem *regularem* & *irregularem.*

Irregularis *in l. 31. ff. h. t.* appellatur, quando res aliqua locatur, non vt eadem, ſed vt ſimilis, vel eiusdem generis reddatur, *B)* veluti cum argentum puſullatum fabro daretur, vt vaſa fierent, aut aurum, vt annuli. Et hoc caſu dominium transfertur, quod ſecus in regulari. Poſſes etiam ad irregularem locationem referre, quando *non nummo, ſed partibus locauit* aliquis, dicente Plinio *lib. 9. Epiſt.* 37. id eſt, quando colonus non certam mercedem, in pecunia numerata conſiſtentem, nec certam fructuum quantitatem, ſed incertam, ſeu partem *quotam*, v. g. ſemiſſem, trientem &c. eius, quod natum fuerit, locatori ſuo præſtat, qui in *l. 25.*

B) Huc pertinet locatio, da einem Pachtmann gewiſſe Schock Gedreydiges beym Antritt übergeben werden, mit dem Bedinge, daß ſelbiger beym Abtritt, hinwieder ſo viel unausgedroſchene Garben zurück laſſen ſolle. vid. DN. de BERGER *in Supplement. ad Elect. Discept. forenſ. part. 2. Conſil. 58. p. 1215. ſqq.*

l. 25. §. 6. ff. h. t. colonus partiarius dicitur. Hic enim reuera adeſt ſocietas. *C)* Vnde conductor culpam leuem in concreto ſolummodo præſtat, non in abſtracto, vt alias. Quod ſi etiam maximum lucrum conſequeretur colonus, locatori eius partem præſtare tenetur, & e contrario locator etiam minimum damnum pro rata ferre obſtrictus, quod in locatione regulari vtrobique ſecus ſe habet, *v. d. l. 25. §. 6. ff. h. t.* Poſſes etiam hoc addere, quod hæc conductio irregularis non transeat ad heredes, *D)* vid. Go-

C) In *l. 25. §. 6. ff. h. t.* dicitur, quod *colonus partiarius QVASI SOCIETATIS iure & damnum & lucrum cum domino fundi partiatur.* Dictio: *Quaſi*, eſt nota *improprietatis*, vnde *veram* ac *genuinam* ſocietatem in hoc negotio non latitare, ſed omnino idem *de locatione conductione* quid *participare*, recte adſtruunt CARD. MANTICA *de Tacit. & ambig. conuent. Lib. 6. Tit. 24. n. 30.* STRYK. *Vſ. mod. ff. h. t. §. 15.* LAVTERBACH. *Diſp. de Colon. partiar. §. 7.*

D) Argumentum GOTHOFREDI *l. c.* a *natura & indole ſocietatis* eſt petitum; verum quum *animaduerſ. præced.* euictum, non *veram*, ſed *impropriam* ſocietatem heic ſubeſſe, contraria ſententia magis adridet, quam

Gothofred. *ad d. l. 25.* conf. de colono partiario Mantica *de tac. & ambig. conuent. l. 5. tit. 2. num. 26.*

DISTINCTIO IV.

Inter *Colonum* & *Inquilinum.*

Qui agrum conduxit, vel aliud prædium ruſticum, *colonus;* qui ædes, *inquilinus* dicitur. Ita theoretice differunt; ſed adeſt etiam vſus practicus, ſcilicet *in relocatione tacita.* Intuitu inquilini enim relocatio ſaltem fit ad illud tempus, quo conductor vltra tempus, ab initio determinatum, in re conducta manſit, vnde ſi prima locatio ad annum inita fuit, relocatio non ſtatim quoque ad annum inita cenſetur, ſed ad ſex, vel plures ſeptimanas, quousque ſcilicet inquilinus permanſit, *E) l. 13. §. fin. ff. b. t.* ſed

quam propugnant MANTICA *loc. cit.* B. STRYK. *l. c. §. 18.* LAVTERBACH. *d. Diſp. §. 28.*

E) Verba *d. L. 13. §. f.* ita habent: *In vrbanis autem prædiis alio iure vtimur, vt, PROVT QVISQVE HABITAVERIT, ita & obligetur:* quæ quomodo intelligenda, non ſatis expeditum. Explicatio AVCTORIS non adeo probabilis, quum de eo dubitari nequeat, quod ratione illius temporis, quo poſt finitam

ſed in colono aliud obſeruatur. Quia enim in prædiis ruſticis fructus non quotidie percipiuntur, vt in vrbanis, ſed integro demum anno elapſo, hinc locatio quoque ad annum renouata eſſe præſumitur, *d. l. 13. §. fin. h. t.* Interdum quoque ad triennium, vel quinquennium, quando fructus in omnibus campis non poſſunt perfecte, niſi exacto demum triennio, percipi, vid. Franzk. *ad h. t. num. 18.* Brunnem. *ad d. l. 13. ff. h. t. num. 16.* qui quæſtiones huc pertinentes fuſe pertractat.

De iure Romano etiam non leuis effectus huius diſtinctionis in eo deprehendebatur,

conductionem, in ædibus remanſit conductor, merces præſtanda ſit: donatio quippe, & ſic gratuita habitatio, non præſumitur; vnde omnino præferenda eorum ſententia, qui verba: *Prout quisque habitauerit*, intelligunt de tempore, *quo quis habitare ſolitus eſt*, vel, *quo moris eſt in illo loco habitare*, ita, vt ſi in illo loco ad annum, vel ſex menſes, domus locari ſoleat, etiam relocatio tacita in idem tempus facta cenſeatur, cui explicationi fauent B. STRYK. *Vſ. mod. ff. h. t. §. 68.* WEGE *de Locat. conduct. cap. 2. n. 38.* HOPP. *ad pr. I. de Locat. Conduct.* de BERGER *Oecon. Iur. Lib. 3. Tit. 5. §. 20. Not. 1. ib. præiudic.*

tur, quod res *inquilini* locatori tacite obligatæ erant, in ſecuritatem mercedis ab inquilino ſoluendæ, *l. 4. ff. in quib. cauſ. pign. vel hyp. tac. contr.* non vero res *coloni*, *d. l. 4.* Hodie autem DD. hanc differentiam ceſſare, & res coloni non minus, quam inquilini, locatori tacito pignoris vinculo obſtrictas eſſe aſſerunt, vid. Mev. *P. 4. deciſ. 127.* qui etiam adlatam differentiam ne quidem legibus Romanorum conuenire dicit, quamuis de hiſce aſſertionibus ego adhuc dubitem. *F)*

DIST.

F) Et ego dubito, quum LL. a MEVIO *d. Dec. n. 3.* pro hac ſententia excitatis, iam ab aliis abunde ſatisfactum ſit. vid. DONELL. *Tr. de Pignor. cap. 4.* BALDVIN. *de Pignor. cap. 6.* BACHOV. *de Pignor. Lib. 1. cap. 11. n. 4.* Interim, quod ad *vſum fori* ſpectat, haud diffiteor, diſcrimen hoc, quibusdam in locis, minus attendi, & inuecta ac illata, ſiue in vrbanum, ſiue in ruſticum prædium, taciti pignoris loco eſſe, prout conſtat ex STATVT. HAMBVRG. *p. 2. Tit. 5. art. 4.* IVR. LVBEC. *p. 3. Tit. 1. art. 11.* ib. MEV. *n. 54.* Königl. Pr. *Hypothec.* und *Concurs*-Ordn. §. *187.*

DISTINCTIO V.

Inter Conductorem rerum *priuatarum* & *fiſcalium* ſ. publicarum.

Conductores rerum priuatarum finito contractu & tempore, in eodem determinato, non obligantur, vt vlterius inuiti conductionem continuent. Pacta enim & hic dant legem contractui. Verum, ſi conductor vectigalium maximos fructus conſecutus ſit, & vectigalia tanta mercede poſtea locari non poſſint, tunc inuitus ad conductionem continuandam cogitur, per *l. 11. §. fin. ff. de publican.* Peregrin. *de iur. fiſc. l. 6. tit. 5. n. 9.* Boër. *deciſ. 249. num. 2.*

Qui bona ciuitatum (quo pertinent etiam fiſcalia) durante conductionis tempore fructuoſiora reddidit, ipſi deinde praerogatiua prae aliis competit, *G)* ſi conductionem continuare velit, H. Piſtor. *obſ. 162.*

G) Cuius rei hanc rationem adfert BRVNNEM. ad *l. 32. h. t. n. 4.* quod conductor praedii fiſcalis in hoc grauetur, quod *inuitus* nonnunquam detineri poſſit, (vid. *l. 11. §. f. ff. de publican.*) adeoque merito in alio ſubleuari debeat, nimirum, vt, *ceteris paribus*, aliis in conductione praeferatur.

162. num. 8. ob l. congruit. 4. C. de locat. prædior. ciuil. Brunnem. *ad l. 11. ff. de Publican.* quod ſecus in conductoribus rerum priuatarum.

Tutores & curatores vectigalia conducere nequeunt, donec rationes reddiderunt, &, ſi forte diſſimulato munere, conduxerint, pœna falſi coercentur. *l. vn. C. ne tutor. vel curat. vectig. cond. l. 49. ff. locati*, ſed a conductione rerum priuatarum nemo, & ſic neque tutores & curatores arcentur, vid. Struu. *Exerc. 39. theſ. 37.*

Qui vectigalia conduxit, eo ipſo pro patrefamilias habetur, & ſic in eo ceſſat SCtum Macedonianum, per *l. 3. §. 1. ff. ad SC. Maced.* aliud, ſi filiusfam. priuata prædia conduxit, Sruu. *loc. cit.*

DISTINCTIO VI.

Inter Locationem ad tempus *longum* & *modicum* factam.

Vſum in eo conſtituunt, quod locatio ad tempus *longum* facta, in conductorem ſpeciem dominii cuiusdam vtilis transferat, vid. Carpz. *l. 5. Reſp. 17. num. 10.* Garſ. *de Expenſ. c. 14. num. 1. ſeqq.* aliosque plures; quod ſecus eſt in ea locationis ſpecie, quæ ad breuius tempus initur. Quamuis vero hæc DD. opinio principiis iuris aperte contrarietur, cum ſcilicet locatio ab initio non ſit

titulus ad transferendum dominium habilis, & ſic quoque ex poſtfacto eam habilitatem conſequi non poſſit, conf. *l. 39. ff. h. t.* nihilominus tamen ad euitandas lites, tanquam cautelam commendat Illuſtr. Stryk. *de Caut. contr. Sect. 2. c. 9. §. 6. ne locatio vltra nouem annos fiat, vel, ſi in longius tempus eadem placuerit, vt addatur pactum, de locatione quouis nouennio renouanda.*

LIB. XIX. TIT. III.

De Æſtimatoria.

DISTINCTIO I.

Inter Contractus innominatos *regulares & irregulares.*

Ad *priores* referunt contractum *do vt des: facio vt des: do vt facias: facio vt facias:* ad *poſteriores* autem, contractum *permutationis*, & *æſtimatorium.* Irregulares autem ideo hi duo vocantur, quoniam ad contractus nominatos quam proxime accedunt, ſimulque nomen aliquod habent, vid. Lauterbach. *Comp. iur. tit. de contr. innomin.* Paulo aliter Struu. *Exerc. 25. th. 2.* Quemadmodum vero ſupra

pra *ad tit. de pactis* differentiam inter contractus nominatos & innominatos in genere reiecimus, quia facultas pœnitendi nec in his, nec in illis, locum amplius inuenit, prout contra diſſentientem, ſibique ipſi contradicentem Carpzouium *P. 2. C. 33. Def. 23.* & contra alios, iamdum oſtendit Illuſtr. Dn. Stryk. *de inueſtig. act. ſect. 1. membr. 7.* §. 3. ita quoque præſentis diſtinctionis nullam omnino in foro hodie vtilitatem eſſe, intrepidi aſſerimus. Ex irregularibus non minus, quam regularibus, oritur actio præſcriptis verbis, & in neutra claſſe pœnitere amplius licet. conf. Id. *loc. cit.* §. 8. Præterea inter contractum permutationis & do vt des nullam reuera intercedere differentiam, *A)* iam alii monſtrarunt, vnde vnicus ſal-

A) Quæ ſententia nititur clariſſimo textu *in l. 5. §. 1. ff. de P. V.* ibi: *Sin autem rem do, vt rem accipiam, quia non placet, permutationem rerum emtionem eſſe: dubium non eſt, naſci ciuilem obligationem,* eamque aduerſus diſſentientium DD. tela maſcule tuentur BACHOV. *ad Treutler. Vol. 1. Diſp. 30. th. 6. lit. A.* FRANZK. *ad ff. Tit. de Præſcript. verb. n. 24. ſeqq.* HAHN. *ad Weſenbec. Tit. de Rer. permutat. n. 10.* L. B. de COCCEII *Iur. ciuil. controuerſ. eod. Q. 9.* DN. THOMAS. *ad Strauch. Diſſert. 16.*

 th. 5.

ſaltem irregularis manet contractus innominatus, æſtimatorius ſcilicet.

Cum DD. ſub hoc titulo de materia æſtimationis in genere agere ſoleant; hinc ſubiungenda quoque fuit.

DIST.

th.ſ. Ceterum, ſi dicendum, quod res eſt, controuerſia hæc tum in theoria, tum in praxi, exigui, vel nullius pretii eſt. Vtrobique enim de *Iure Rom.* locus eſt pœnitentiæ, vtrobique *hodie* pœnitentia ceſſat. Et quamuis PAGENSTECHER. *Siciliment. ad Lauterbach. Manip.* 2. §. 189. inſignem huius quæſtionis vſum in eo latere exiſtimet, *quod contractus permutationis ſit bonæ fidei, do vt des vero ſtricti iuris;* vereor tamen, ne in illorum caſtra tranſeundum ſit, qui contractus innominatos *omnes* b. f. eſſe contendunt. vid. HOTMANN. *Diſp. de Perſcript. Verb. cap.* 5. §. 34. VVLTEI. *ad* §. 28. *I. de Action. n.* 12. Vt nihil dicam de *Vſu fori*, cui diſtinctio, inter contractus bonæ fidei & ſtricti iuris, penitus incognita, docte ac copioſe id demonſtrante B. GVNDLING. *Diſp. de Vſu pract. Action. bonæ fid. & ſtrict. iur. cap.* 2. Add. AVCTOR infra *Lib.* 44. *Tit.* 7. *Diſtinct.* 14.

DISTINCTIO II.
Inter Æſtimationem *venditionis* & *taxationis* cauſa factam.

Prior dominium rei æſtimatæ in accipientem transfert, & per conſequens omnes eiusdem effectus, commodum ſcilicet & incommodum, ipſumque caſum fortuitum. Neque etiam danti licet, reſtituto pretio, rem æſtimatam iterum recipere, ſed accipiens illam, inuito dante, retinere poteſt. *Poſterior* huncce ſaltem ſcopum habet, vt ſi forſan accipiens rem æſtimatam deteriorauerit, atque corruperit, dans eo melius intereſſe, quod hoc nomine prætendit, probare poſſit. Sic ſi v. g. res alteri conceſſa a peritis 100. thal. æſtimatur, & poſtea, facta reſtitutione, ab iisdem peritis 60. thal. ſolummodo æſtimatur, ſtatim patet, dantem 40. thal. intereſſe nomine petere poſſe.

Sed quæritur hic, quid *in dubio* præſumendum ſit: *vtrum ſcilicet æſtimatio venditionis*, *an ſaltem taxationis cauſa*, *contractui adiecta fuerit?* Puto, hanc quæſtionem ex vulgata regula; quod acceſſorium naturam ſui principalis ſequatur, facile decidi poſſe. Scilicet contractus, cui adiicitur rei æſtimatio, vel *eſt habilis ad transferendum dominium*, vel *non eſt*. *Priori* caſu,

æſtimatio venditionis cauſa facta eſſe præſumitur, & huc præcipue refertur contractus dotis, *l. 15. ff. de iur. dot. l. 10. §. 4. ff. eod.* quia maritus dominus rerum dotalium per hunc contractum efficitur. Ex quo patet, quod, ſi in pactis dotalibus hæc clauſula deprehendatur: Es bringe die *Caia* dem *Sempronio* ein Haus *nomine dotis* zu, welches hiemit auf 2000. Rthlr. angeſchlagen werde; quod inquam, hoc caſu, ſi illæ ædes per incendium, aliumque caſum fortuitum, pereant, damnum ad maritum pertineat, & hic nihilominus ad reſtituendos iſtos 2000. thal. ſit obligatus. E contrario autem hoc commodum, v. g. in Saxonia, ad ipſum pertineret, quod, mortua vxore, totam ſummam, tanquam heres mobiliaris, lucretur, cui lucro, abſque facta æſtimatione, locus non fuiſſet. vid. Carpz. *P. 3. C. 23. def. 26.* Poteſt etiam tunc maritus libere de fundo dotali diſponere. *B)*

Poſteriori caſu, ſi ſcilicet æſtimatio adiicitur contractui, ad transferendum dominium

B) Exceptio eſt in *l. 1. C. de Fund. dot.* Si vxor *electionem* ſibi reſeruauit, vtrum *æſtimationem*, an vero *ipſam rem*, ſoluto matrimonio, repetere velit, vbi maritus hunc fundum alienare nequit.

nium inhabili, v. g. locationi, commodato, depoſito, pignori, &c. tunc taxationis gratia hoc factum eſſe cenſetur. Non leuiter quidem obſtare videntur verba *l. 5. §. 3. ff. commod. Et ſi forte res æſtimata data ſit, omne periculum præſtandum &c.* verum enim vero verba immediate ſubſequentia: *ab eo, qui æſtimationem ſe præſtiturum recepit*, liquido oſtendunt, dictam *legem* de eo caſu loqui, quando accipiens per *expreſſum* pactum, periculum, adiecta æſtimatione rei traditæ, in ſe recepit; at nos in præſenti de eo disquirimus, quid *in dubio* præſumendum ſit. Idem reſponderi poteſt ad *l. 3. & ad l. 54. f. ff. Locati.* Quo pertinet, quod addit Lauterb. *h. t. ſi tamen hiſce in caſibus fuerit conuentum, vt res incorrupta, vel eius æſtimatio, reſtituatur, tum omne periculum pertinet ad accipientem.* Plurima ſcitu neceſſaria de æſtimatione dotis vide apud Meuium *ad ius Lubec. lib. 1. Tit. 5. art. 8. n. 21. ſeqq. C)* vbi in ſpecie & hoc tradit, dotem

C) Vt æſtimatio fundi dotalis *venditionem* faciat, *quinque* hæc, quæ ſequuntur, iunctim adeſſe debere, monet MEVIVS *d. l.* nimirum, 1) vt exprimatur *quantitas æſtimationis*, ſiue diſerte, ſiue per relationem ad aliud, 2) vt æſtimatio ſit *æquiualens rei*

dotem æſtimatam venditionis gratia datam cenſeri, ſi æſtimatio, vel pretii determinatio, arbitrio boni viri committitur. Ceterum ſupponitur, maritum ſoluendo eſſe, *ib. n. 31.* vnde in caſu inopiæ, vxor rem dotalem æſtimato datam nihilominus vindicat. Add. Rauchbar. *p. 2. qu. 29.* Gomez. *var. reſolut. l. 2. c. 7. num. 1.* Panormit. *in c. vn. X. de commod. n. 23.* & præ aliis Brunnem. *ad d. l. 5. §. 3. ff. commodati num. 5. ſeqq.* Maſcard. *de probationibus concluſ. 1664.* Burgund. *de peric. & culp. cap. 12.*

rei in dotem datæ, aut ſaltem *non infra dimidium* iuſti valoris, 3) vt fiat *tempore traditionis*, ſeu conſtitutæ dotis, aut paullo poſt, 4) vt conſtet, ideo æſtimationem fieri, *vt irreuocabile dominium in maritum transferatur*, 5) vt maritus ſit *ſoluendo*, quo vxor aliquando æſtimationem conſequi poſſit, alioqui eidem *in ſubſidium* datur vtilis rei vindicatio.

LIB. XX. TIT. I.

De Pignoribus & Hypothecis, & qualiter contrahantur: & de pactis eorum.

DISTINCTIO I.

Inter Pignus *legale A)* (tacitum) & *conuentionale* (expreſſum.) *B)*

Pignus *legale* certæ tantum perſonæ habent, v. g. liberi in bonis parentum, ratio-

A) In *Electoratu Saxoniæ* per ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 45.* omnes *hypothecæ tacitæ* ſunt *abrogatæ*, ita tamen, vt *præteritæ* poſt *ſexennium* demum, a tempore promulgationis d. ORD. PROC. RECOGN. computandum, *expirare* debeant.

B) Datur & pignus *conuentionale tacitum*, quum quidem expreſſis verbis hypotheca non eſt conſtituta, ex circumſtantiis tamen illa ſatis colligitur, e. g. ſi debitor ex *certis rebus ſolutionem fieri vult*, easque hunc in finem creditori *adſignat. l. f. C. Quæ*

ratione aduentitiorum, C) pupilli in bonis tutorum, & vniuerſitates in bonis adminiſtratorum, locator in rebus ab inquilino illatis, & in fructibus a colono perceptis, legatarii, vxores, &c. de quibus late Brunnem.

C. *Quæ res pign. obligar. poſſ.* ib. BRVNNEM. *n. 1.* MEV. *part. 7. Dec. 49.* Add. HERTIVS *diſp. de tacit. pign. conuentionali.*

C) Huic ſententiæ quidem aperte fauent ORDINAT. PROC. EL. SAXON. VET. *Tit. 45.* §. 2. aliæque Ordinationes apud MARTIN. *ad d. §. 2. n. 28.* add. Königl. Pr. *Hypoth.* und *Concurs*-Ordn. §. *182.* aſt *iuri ciuili* eadem vix congruit, quoniam in *L. 6. §. 2. C. de Bon. quæ libb.* generalis regula traditur: *quod libb. ob bona aduentitia, tacita in bonis patris hypotheca haud competat;* a qua §. *4.* excipiuntur *bona materna, & materni generis.* conf. *L. 8. §. 4. C. de ſecund. nupt.* vnde quod ad reliqua vtique ſtandum eſt regulæ. vid. BACHOV. *de Pignor. Lib. 1. cap. 9. n. 8.* HARPRECHT. *ad §. 4. I. Quib. mod. re contr. obligat. n. 58. ſq.* WISSENBACH. *ad Cod. p. 410.* Hodie in *Electoratu Saxoniæ* Iudex libb. ob bona aduentitia, de *expreſſa* hypotheca, in bonis patris immobilibus, proſpicere debet. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 45. §. 1.*

nem. *Proc. Conc. Cred. cap. 5. §. 51.* aſt *conuentionale* omnes creditores habere poſſunt.

Qui ad pignus *legale* prouocat, certum iuris textum *D)* proferre tenetur, in quo hoc ipſi conceditur, & tunc nulla conuentione opus eſt: aſt qui *conuentionale* pignus prætendit, ius ſuum ex ſpeciali contractu pignoratitio, vel pacto, adſtruere tenetur, non enim pro ſe, hac parte, præſumtionem habet. Ex quo ſimul patet, omni fundamento deſtitui eorum opinionem, qui ius tacitæ vel legalis hypothecæ etiam aliis nonnullis concedunt, quorum tamen leges nullam mentionem iniiciunt, v. g. quod dominus in bonis furis reliquis, iuxta Carpzou. *P. 4. Conſt. 39. Def. vlt.* nec non, quod deceptus in bonis eius, qui animo nouandi, transactionem doloſe ſuſcepit, tacitum pignus habeat, quod vult Berlich. *P. 1. Concl. 67. num. 91.* quamuis enim forte allegarent, æquitatem tamen poſtulare, vt hiſce perſonis ſuccurratur; ego tamen reſponderem, æquitatem etiam poſtulare, vt omnibus & ſingulis creditoribus ſatisfiat, & ergo omni-

D) Vel etiam *conſuetudinem;* hypotheca enim legalis eſt, quam *Lex* conſtituit, eaque vel *ſcripta*, vel *non ſcripta*. B. STRYK. *Vſ. mod. ff. h. t. §. 3.* DN. de BERGER. *Oecon. Iur. Lib. 2. Tit. 5. §. 1. Not. 4.*

omnibus creditoribus etiam ius tacitæ hypothecæ adſcribendum fore; quod tamen abſonum eſſe, quilibet facile perſpicit, conf. Brunnem. *loc. prox. cit.*

DISTINCTIO II.
Inter Pignus legale *purum* & *mixtum.*

Purum vocant, vbi nullum plane factum eius præcedit, in cuius bonis pignus competit: *mixtum* e contrario, vbi aliquod factum præcedit, non autem tale, quod ad conſtitutionem pignoris liquido tendit, & huc referunt pignus, locatori, in rebus inquilini competens, non omnibus, ſed illis, *quas in ædes conductas intulit, illatio* enim eſt illud factum, ex quo dicta mixtura profluit, vid. DD. paſſim. Sed ſi dicendum, quod res eſt, hæc diſtinctio mere theoretica eſſe, nullamque in foro vtilitatem producere videtur. Vtrumque enim, & purum & mixtum pignus, eundem vbique effectum poſt ſe trahit.

DISTINCTIO III.
Inter Pignus *iudiciale* & *prætorium.*

Prius propter præcedentem rem iudicatam, per pignorum captionem, vel per miſſionem in poſſeſſionem bonorum, in illi-

us

us bonis conſtituitur, *D)* qui ſententiæ ſponte parere recuſat, *l.2. & 3. C. ſi in cauſ. iudicat. pign. capt. poſterius* autem ante ſententiam, per miſſionem ex primo decreto, eum in finem, vt reus in iudicio ſe ſiſtere per indirectum cogatur, *t.t. ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eatur.* Hæc diſtinctio ex diuerſo prætoris & iudicis pedanei officio profluxit, atque adeo hodie apud nos, in ſenſu iuris Romani, nullam vtilitatem habere poteſt.

DIST.

D) Non auctoritate ipſius *iudicis*, ſed *Prætoris*, ſeu *Magiſtratus*, qui latam a iudice ſententiam exſequebatur. *L. A diuo Pio. 15. pr. ff. de Re iudic.* (Vnde patet, inanem eſſe DONELLI *Tr. de Pignor. cap. 5.* diſputationem, pignus ſic dictum *iudiciale* potius *prætorium* eſſe, contendentis; nemo enim eſt, qui hoc negat, & ſaltem docendi gratia, pignus prætorium in *prætorium in ſpecie* ſic dictum, & *iudiciale*, diſpeſcitur. Nec obſtat *l. 2. C. de Prætor. pign.* in qua dicitur, pignus *a iudicibus dari;* hoc enim ſecundum *conditionem illius ſeculi* intelligendum, quo magiſtratus ipſi iudicabant. Conf. BACHOV. *de Pignor. & Hypothec. Lib. 1. cap. 3. n. 4.*

DISTINCTIO IV.
Inter *Pignus* & *Hypothecam.*

Vulgus, auditis *pignoris & hypothecæ* vocabulis, differentiam in eo quærere ſolet, quod *pignus* in rebus mobilibus conſtituatur, quam opinionem etiam veteri iuri non adeo aduerſam eſſe exiſtimat Dn. Beyer. *Poſ. ff. h. t. ab init. E)* ſed hodie quidem illa ex-

E) Quam ſententiam luculenter confirmat CAIVS in *L. 238. §. 2. ff. de V. S. Pignus appellatum a pugno: quia res, quæ pignori dantur, manu traduntur: vnde etiam videri poteſt verum eſſe, quod quidam putant, pignus proprie rei mobilis conſtitui.* Cui adſtipulatur GRAVINA *Origin. Iur. ciuil. Lib. 2. cap. 79. Pignoris nota*, inquiens, *erat manus compreſſio, vnde Iurisconſultus ait, pignus dictum a pugno. Hinc apparet, pignus proprie ad res mobiles pertinere.* add. HOTMANN. *Lib. 10. Obſeruat. cap. 7.* Ceterum, vt hoc obiter addam, deriuationem illam vocabuli pignoris a CAIO adlatam penitus explodit MENAGIVS *Amœnitat. Iur. ciuil. cap. 29.* ſub voc. *Pignus*, dictum vocabulum ab antiquo: *pago*, h. e. iungo, figo, deſcendere ſtatuens, vt pignus ſit, quo quis ſe *pagit* alteri, h. e. obligat ad fidem ſeruandam.

explicatio locum amplius non inuenit, vbi vnice ad id reſpiciendum eſt, vtrum res obligata creditori ſimul tradita fuerit, annon; quodſi enim traditio non acceſſit, *hypotheca*, ſi vero res tradita, *pignus* vocari conſueuit, vid. §.7. *I. de act. l.1. ff. de pign. act.* ibique Dion. Gothofr. *in not.* qui ſimul *l.238. §.2. ff. de V. S.* explicat, quamuis & hæc lex de iure veteri intelligi poſſit. Interim libenter fatemur, regulas prudentiæ exigere, vt intuitu rerum mobilium obligatarum, non in nuda conuentione acquieſcamus, ſed præterea traditionem quoque vrgeamus, quia alias in loca diſſita facile transferrentur, & ſic ius perſequendi nobis difficillimum reddi poſſet, vnde etiam ad hoc forte per vocem: *proprie*, (id eſt, quod communiter fit) reſpexit ICtus in *cit. l. 238. §. 2. de V. S.*

Vſus in eo ſe exerit, quod propter hypothecam detur actio hypothecaria, non autem propter pignus. *F)* Ceterum vero eos-

F) Propter pignus quidem regulariter actio *pignoratitia* locum habet, nonnunquam tamen etiam *hypothecaria*. Quodſi enim poſſeſſionem rei, pignori traditæ, amiſero, pro illa perſequenda vtique actio *hypothecaria* datur, perinde ac ſi ab initio hypotheca eſſet conſtituta. §.7. *I. de Action.* ib. VINN. & HOPP.

eosdem effectus in ſecuritatem creditoris vtrumque producit, & huc pertinet *l. 5. §. 1. ff. h. t.*

DISTINCTIO V.
Inter Hypothecam *generalem* & *ſpecialem*.

Haec diſtinctio maximam ſine dubio in foro praebet vtilitatem. *G)* Exprimamus rem verbis B. Strykii *de Caut. contr. ſect. 2. cap. 4. §. 16.* Vtraque, dicit, ſua habet commoda & incommoda. Qui enim generali hypotheca gaudet, ex vniuerſis debitoris bonis *H)* eam eligere poteſt, ex qua

G) Hodie in *Electoratu Saxoniae* nulla in poſterum *generalis* hypotheca, ſiue *iudicialis*, ſiue *extraiudicialis*, ſiue in rebus *mobilibus*, ſiue *immobilibus*, conſtituta, *valida* eſt in *concurſu creditorum*, aut aduerſus *tertium* poſſeſſorem, ſed *certa bona immobilia*, cum *conſenſu Domini Iuriſdictionis*, atque in feudis, *Domini directi*, oppignoranda ſunt, per ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 44. §. 1.*

H) In terris *ſceptro Boruſſico* ſubiectis *generalis* hypotheca ſaltem *bona immobilia*, nec non *nomina & iura* debitoris adficit, neutiquam vero *mobilia*, quippe quae op-

qua commodiſſime debitum ſuum ſe conſequi poſſe exiſtimat, quamuis illa res alteri cuidam ſpecialiter obligata fuerit, *l. 2. pr. ff. qui pot. in pign.* aſt, qui ſpecialem ſolummodo habet, illi in reliquis debitoris bonis nihil iuris competit, & hinc ſæpe in claſſem chirographariorum reiicitur, quando ſcilicet res ſpecialiter obligata vel periit, vel ab aliis creditoribus conſumta eſt, vid. Brunneman. *Proc. concurſ. cred. cap. 5. §. 66.* E contrario autem ſpecialis hypotheca magis afficit rem obligatam, & ad hoc prodeſt, vt, ſi debitor poſtea hanc rem diſtraxerit, creditor ſtatim tertium eiusdem poſſeſſorem conuenire poſſit, ita vt hic exceptione excuſſionis ſe tueri nequeat, quod aliter in hypotheca generali, propter *Nou. 4. c. 2.* quamuis hic diſſentiant *l)* Franzk. *lib. 1.* re-

oppignorari nequeunt, niſi creditori *actualiter tradantur.* Kön. Pr. *Hypoth.* und *Concurs*-Ordn. §. 29.

l) Qui prouocant ad *Nouell. 4. cap. 2.* quæ *generatim* loquitur, nec inter generalem & ſpecialem hypothecam diſcrimen conſtituit. Neque dict. *Nou. 4.* derogatum exiſtimant per *Nou. 112. Cap. 1.* quum hæc non de *quacunque* hypotheca loquatur, ſed de illa tantum, quæ, *lite inter debitorem & creditorem mota*, diſtracta eſt.

reſol. 12. Struu. *S. I. C. Ex.* 26. *th.* 38. qui iuxta hanc opinionem iudicatum fuiſſe dicit. Habes ergo hic opinionem communem contra communem, vnde quae in quocunque foro recepta ſit, diſpiciendum erit illi, qui manum praxi admouere intendit.

DISTINCTIO VI.
Inter Actionem *Seruianam* & *quaſi Seruianam*.

Prior eſt ſpecialis, competens eo ſaltem caſu, quando locator praedii ruſtici hypothecam in rebus coloni ſibi expreſſe conſtitutam, vel in fructibus etiam tacite competentem, aduerſus quemcunque poſſeſſorem perſequitur, §. 7. *I. de act. l.* 7. *ff. in quib. cauſ.*

Verum non ſat cauſſae eſt, quamobrem a priori ſententia recedamus, quoniam, licet inſcriptio *cap.* 1. *d. N.* 112. ſit de *litigioſis*, & de illis agatur in *pr.* hanc tamen ſanctionem de *ſpeciali hypotheca* diſerte inde *ſeparat* Imp. in verbis: *ab hoc autem litigioſi vocabulo hypothecas ſeparari decernimus*, cetera, pro qua ſententia maſcule pugnant HVBER. *Praelect. ad ff. h. t.* §. 9. HAHN. *ad Weſenbec. Tit. de Diſtract. pign. n.* 1. DN. THOMAS. *ad Strauch. Diſp.* 22. *th.* 3. DN. de BERGER *Reſolut. Lauterb. p.* 455.

cauſ. pign. vel hypoth. *Poſterior* autem reliquis creditoribus hypothecariis omnibus datur, *d.* §. 7. *l.* 16. §. 3. *ff. h.t.* Cum ergo hæ duæ actiones *nudo ſaltem obiecto* differant, in effectu autem prorſus conueniant; hinc patet, adlatæ diſtinctionis nullum omnino in praxi vſum eſſe, vnde etiam apud practicos Seruianæ & quaſi Seruianæ actionis nulla plane fit mentio, ſed hi vocabulo generali *actionis hypothecariæ* contenti eſſe ſolent.

Lib. XX. Tit. IV.

Qui Potiores in Pignore, vel Hypotheca habeantur. &c.

DISTINCTIO I.

Inter Hypothecam *publicam* & *priuatam*.

Per *publicam* non ſolum ea indigitatur, quæ in iudicio, ſed etiam, quæ extra iudicium, in præſentia tamen trium teſtium, (maſculorum, integræ fidei, & manum ſuam in iudicio recognoſcentium, iuxta Guttierez *l.* 3. *qu.* 102. *num.* 2. *ſeqq.*) conſtituitur, *l.* 11. *C. qui pot. in pign.* Et

 hæc

hæc hypotheca omnibus priuatis, licet priores ſint, in concurſu creditorum præfertur. Idem in Saxonia quoad iudicialem; at vero ea, quæ coram tribus teſtibus conſtituitur, eiusmodi prælationem in immobilibus ibi non tribuit, *A)* quia hæc non aliter, niſi in iudicio, valide obligari poſſunt, vid. Brunnem. *Proc. Conc. Cred. cap. 5. §. 45. ibique in not.* Quod ſi de cetero duæ hypothecæ publicæ concurrant, ex prioritate temporis eædem diiudicantur.

Lib.

A) Sed tantum prælationem præ creditoribus *chirographariis*, per DECIS. SAXON. 60. quamuis *hodie* hoc ius *antelationis* prorſus *ceſſat*, & eiusmodi creditor inter *chirographarios* locetur, ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 46. §. 1.* quod & in terris, *Sceptro Boruſſico* ſubiectis, obtinet. vid. Königl. Preuß. *Hypoth.* und *Concurs*-Ordn. §. 202. iunct. *Declarat. eiusd.* §. 20.

De Ædilitio Edicto, & Redhibitione, & quanti minoris.

DISTINCTIO I.

Inter Actionem *redhibitoriam* & *æſtimatoriam* ſ. *quanti minoris*.

Differunt hæ duæ actiones triplici modo:

I. Actio *redhibitoria* ob tale vitium competit, quod *omnem* prorſus rei emtæ, vel ex alio contractu oneroſo acceptæ, vſum impedit, vnde ſi hoc vitium ſtatim ab initio ſciuiſſemus, rem *plane non* comparaſſemus: *Æſtimatoria* autem propter vitium, quod vſum ſperatum *quadantenus* intercipit, vnde quamuis ab initio de eo conſtitiſſet, rem nihilominus quidem emiſſemus, *minori* tamen pretio. Vtriusque exempla paſſim adducuntur in legibus ſub hoc titulo extantibus. conf. *l. 1. §. 8. ff. h. t.* Weſenbec. *Parat. ff. h. t. n. 9.*

II. In actione *redhibitoria* ſimpliciter ad contractus *reſciſſionem* agitur, vid. *l. 60. ff. h. t. æſtimatoria* autem id ſaltem vrget,

vt venditor, *ſaluo manente contractu*, illud reſtituat, quod vltra verum rei pretium *pluris* accepit, vid. *l. 61. ff. h. t.* Quod vero DD. dicunt, in electione actoris poſitum eſſe, an velit actione redhibitoria, an vero quanti minoris, agere, vid. Struu. *Exerc. 27. th. 10.* id de eo ſolum caſu intelligo, ſi vitium adeſt, quod *omnem* rei emtæ vſum impedit; at ſi ob leue vitium emtor ad reſciſſionem contractus, ſiue ad redhibitionem, agere velit, hoc ipſi non concedetur.

III. Actio *redhibitoria* præſcribitur ſpatio *ſex menſium*, a die contractus, vel promiſſionis, *l. 19. §. f. ff. h. t.* *æſtimatoria* autem intra *annum A)* demum, a die ſcientiæ, *d. l. 19. l. 2. C. h. t.* Struu. *l. c. theſ. 11.*

A) Vtilem, *l. 19. §. 6. ff. h. t.* Quum vero annus *vtilis* penitus ab Imp. ſit *abrogatus*, conſequens eſt, actionem *redhibitoriam* hodie *biennio continuo*, actionem *æſtimatoriam* vero *quadriennio continuo* præſcribi, B. STRYK. *Vſ. mod. ff. h. t. §. 33. & 46.*

LIB. XXII. TIT. I.

De Vſuris, & Fructibus, & Cauſis, & omnibus Acceſſionibus, & Mora.

DISTINCTIO I.

Inter Vſuras *punitorias*, *A)* *compenſatorias* & *lucratorias*.

Punitoriæ vocantur, quando ab initio nihil quidem promiſſum, ſed vſus pecuniæ alteri ad certum tempus gratis conceſſus fuit, at vero debitor terminum ſolutionis, ipſi præfixum, non obſeruauit, ſed pecuniam vltra tempus, a contrahentibus determinatum, retinuit, inque vſus ſuos con-

A) Hanc diſtinctionem non iniuria alii reiiciunt, quoniam *lucratoriæ* inuoluunt *turpitudinem* moralem, *punitoriæ* vero commode ad *compenſatorias* referri poſſunt, (quia cenſetur creditor, ſi iuſto tempore pecunia reddita fuiſſet, inde facere potuiſſe lucrum, BACHOV. *ad Weſenbec. h. t. n. 6.*) Ergo ſolæ remanent *compenſatoriæ*. STRAVCH. *Diſſert. Iuſtin. 18. th. 13. ib.* DN. THOMAS. *in not.* DN. de BERGER *Diſp. de Vſur. §. 4.*

conuertit, vid. *l. 17. §. 3. h. t.* huc pertinet etiam, ſi quis, v. g. ſocius, pecuniam communem, ſine alterius ſocii voluntate, inuaſit, de quo caſu in *l. 1. §. 1. h. t.* Vnde generaliter dici poteſt, punitorias vſuras propterea perſolui, quod alter alterius pecunia, absque eius voluntate, vſus ſit.

Compenſatoriæ ſunt, quando quidem creditoris voluntas adeſt, ipſi tamen ſimul aliquid decedit, quod e contrario debitori, qui re credita vritur, accreſcit. Hæ ergo eadem ratione ſoluuntur, prout alias conductor mercedem, pro vſu rei noſtræ, perſoluere conſueuit, conf. Struu. *Exerc. 27. th. 43.*

Lucratorias denique deſcribunt, quæ vltra normam, in legibus præſcriptam, debitumque compenſationis modum, percipiuntur, vel etiam ab egeno, qui non ad lucrum, ſed neceſſitatem adhibet pecuniam creditam, exiguntur, cum tamen nos absque dispendio noſtro, eum, credendo pecuniam absque vſuris, iuuare potuiſſemus.

Punitorias & *compenſatorias* omni iure permiſſas eſſe, fatentur DD. communiter, *lucratorias* vero in claſſem prohibitorum referunt, vide quos allegat Struu. *cit. th. 43.* Verum hoc vltimum non ita ſimpliciter concedi poſſe videtur. Quamvis enim illud per ſe pateat, lucratorias, ſi modum

com-

compenſationis, a magiſtratu præſcriptum, excedant, ad res illicitas pertinere; quamuis etiam absque dubio ille in conſcientia, id eſt, in foro interno, peccet, qui ab egeno homine, pecuniam creditam ad meram neceſſitatem, & non ad lucrum captandum, applicante, vſuras percipit, interim tamen in foro externo non ſuppetit remedium, per quod aliquis hac parte ad exercendum officium charitatis compelli, & ſi contra illud peccauit, pœna condigna affici poſſit. Confirmat ſententiam noſtram B. Brunneman. *de iur. eccleſ. l. 2. c. 18. §. 44.*

DISTINCTIO II.

Inter Vſuras *mordentes & non mordentes.*

Mordentes nihil aliud ſunt, quam quas modo lucratorias nominauimus, dilectionem proximi offendentes; *non mordentes* autem, qui modo licito exiguntur. Hic ergo eadem repetenda erunt, quæ ad *præc. diſt.* attulimus.

DISTINCTIO III.

Inter Vſuras ex *pacto* & ex *mora* debitas.

Vtilitas in eo conſiſtit, quod vſuræ, ex pacto

pacto debitæ, adhuc peti poſſint, quamuis ſors iam ſoluta fuerit, Carpzou. *P. 2. C. 30. Def. 13.* aliud obtinet, ſi ex mora ſolummodo debeantur; *B)* vid. Illuſtr. Stryk. *de caut. contr. ſect. 2. cap. 1. §. 15.* Carpzou. *loc. cit. Def. 12.* olim in b. f. iudiciis quidem ſoluendæ erant vſuræ propter moram, non autem in actionibus ſtricti iuris; ſed ea differentia hodie ceſſat poſt *Rec. Imp. de A. 1600. §.* So viel nun, in quo DD. facile conſentiunt.

DISTINCTIO III.

Inter Fructus *naturales* & *induſtriales*.

Vſus in eo ſe exerit, *C)* quod vſuarius *naturalibus* ſaltem frui poſſit, non autem

B) Quia obligatio vſurarum *adceſſoria* eſt, adeoque ſublata principali ſortis obligatione, ſubſiſtere nequit. Aliud dicendum, ſi Creditor ſortem accipiens, de vſurarum petitione *proteſtatus* fuerit, quoniam ſic proteſtatio *conſeruat* ius proteſtantis. CARPZ. *d. def. 12.*

C) Exſerit ſe quoque in *donatione inter coniuges.* Fructus namque *induſtriales* coniux donatarius ex re donata lucratur, non *naturales*, *l. 45. ff. de Vſur. l. 17. ff. de donat.*

tem induſtrialibus, vnde in §. *1. l. de vſu & hab.* dicitur, eum nihil vlterius habere, quam vt *oleribus*, *pomis*, *floribus*, *fæno*, *ſtramentis* & *lignis* ad vſum quotidianum vtatur, add. *l. 12. §. 1. & 2. ff. eod.* Verum poſtquam in *ead. l. 12. §. 2.* vſuario conceditur, quod induſtrialibus etiam vti poſſit, modo hoc modice fiat, & præterea ſeruitus vſus apud nos admodum rara eſt, hinc adlatæ diſtinctionis rarus etiam vſus apud nos extra Saxoniam, eſſe videtur.

DISTINCTIO V.
Inter Fructus *naturales* & *ciuiles*.

Naturales (qui hic induſtriales etiam ſub ſe comprehendunt) ſingulis tantum annis regulariter percipiuntur, v. g. pyra, poma, frumentum, vinum, &c. Ciuiles au-

nat. int. vir. & vxor. Ratio, quod ſaltem ea donatio inter coniuges ſit prohibita, ex qua donator *pauperior*, & donatarius *locupletior* fit, *l. 3. l. 25. ff. eod.* iam quod ad fructus *naturales* donatarius ſine dubio fit *locupletior*, quum nullus ipſius labor atque induſtria adcedat, quod ſecus in *induſtrialibus*, qui magis ex *opera at induſtria donatarii*, quam ex re donatoris, peruenire intelliguntur. BRVNNEM. *ad d. l. 45. n. 1.*

autem quotidie; nam ædes, ſtabula, pecuniam, non ad integros annos, ſed ad breuius etiam ſpatium, v. g. ad ſemeſtre, ad vnum menſem, imo interdum & ad vnam ſeptimanam, vnumque diem, alteri concedimus. Sunt autem *naturales*, qui *ex* ipſo rei corpore proueniunt: *ciuiles*, qui *propter* rem percipiuntur. Hinc theſaurus, qui ſaltem *occaſione* rei percipitur, ad fructus plane non pertinet.

Oſtendamus iam nonnulla conſectaria practica:

Scilicet vſufructuarius, ſi ante finitum annum, & ſic ante perceptionem fructuum *naturalium*, moritur, ad heredes ſuos nihil transmittit. *l. 13. ff. quib. mod. vſusfr. Ciuiles* vero pro dimidia, vel tertii anni parte, vbi vſufructuarius deceſſit, inter heredes ipſius & proprietarium pro rata diuiduntur, vid. *l. 26. ff. eod.* Ita iure Romano. Apud Saxones paulo aliter. vid. *Doctrin. ff. tit. de vſufr.* §. *IX.*

Si quis vendit fundum, ex quo naturales fructus percipiuntur, tunc ſi venditio ante meſſem celebratur, ad emtorem; ſi poſt meſſem, ad venditorem integri fructus pertinent, *l. 13. §. 10. ff. de act. emt. & vend.* ciuiles autem, qui quotidie percipiuntur, pro rata temporis diuiduntur inter emtorem & venditorem vsque ad tempus venditionis, vid. Lauterb. *ad tit. ff. de act. emt. & vend.*

DIST.

DISTINCTIO VI.

Inter Fructus *pendentes* & *perceptos*.

Repetenda hic eadem, quæ modo ad *præc. diſt.* dicta fuerunt. Scilicet fructus naturales pendentes ad proprietarium, percepti ad vſufructuarii heredes pertinent. Aliud iure Saxonico, vbi eo reſpicitur, an ſemen raſtro ſubactum fuerit, vid. Finckelth. *Obſ. 54.*

Fructus pendentes ad emtorem, percepti autem ad venditorem ſpectant.

Colono, ob damnum in fructibus pendentibus perpeſſum, aliquid de penſione remittitur, non vero, ſi fructus iam percepti fuerunt, Gail. *2. Obſ. 23. num. 13. Sed quando hic dicuntur percepti?* Nonnulli, allegati a Lauterbachio *ad tit. Locat. Cond.* requirunt, præter ſeparationem a fundo, etiam collationem in horreis, v. Carpzou. *P. 2. C. 37. Def. 20. n. 8. 9.* quos ſequitur Dn. Beyer. *Poſ. ff. Locat. poſ. 53. ſeqq.* ſed in eorum caſtra transire non poſſumus, ob *§. 36. I. de R. D.* ibi: *eadem fere & de colono dicuntur*, vbi antecedentia aperte monſtrant, quod colonus & vſufructuarius in hoc tertio comparentur, quod ſcilicet vterque fructuum dominus eodem modo fiat, reliqua enim, quæ de heredibus vſufructuarii ibi habentur, ad colonum non quadrant, &

propterea Imperator voculam: *fere*, adiecit.

Alia, ex iisdem principiis profluentia, facile ſuppleri poſſunt. Speciale quid eſt, quod fructus, in fundo dotali pendentes, ſoluto matrimonio, inter maritum & vxoris heredes, pro rata temporis, diuidantur, *l. 7. §. 1. ff. ſolut. matrim.* Finckelth. *Obſ. 54. n. 1.* Gothofred. *ad l. 22. C. de R. V.*

DISTINCTIO VII.

Inter Fructus perceptos *extantes* & *conſumtos*.

Vſus huius diſtinctionis tunc maxime deprehenditur, ſi quis rem aliquam cum fructibus vindicat. Eo caſu enim quaeritur: *vtrum extantes ſolum, an vero conſumti etiam fructus domino vindicanti reſtitui debeant?* Reſpondetur diſtinguendo inter *bonae* & *malae fidei* poſſeſſorem. Prior extantes ſaltem reſtituit, non conſumtos, *§. 2. I. de Off. Iud. l. 22. C. de R. V.* ſed nec extantes, ſi ſunt vſucapti, *D) l. 4. §. 19. ff. de*

D) Lapſu *triennii*, arg. *L. 4. §. 5. ff. de Vſurp. & Vſucap.* HARTM. PISTOR. *p. 4. Q. 26. n. 21.* ſiue ex re *mobili*, ſiue ex re *immobili* percepti. Neque enim audiendus IO. A SANDE *Deciſ. Friſ. Lib. 3. Tit. 15. def.*

de Vſucap. quamuis hodie communiter velint, etiam conſumtos reſtituendos eſſe, *E)* in quantum b. f. poſſeſſor exinde locupletior factus *F)* eſt, Illuſtr. Stryk. *de inueſt.*

def. 2. verſ. Pro corollario, in fructibus rei *immobilis* tanto tempore ad vſucapionem opus eſſe exiſtimans, quantum ad vſucapionem ipſius rei requiritur, quoniam fructus pendentes quidem vna cum fundo res eſſe cenſentur, *L. 44. ff. de R. V.* aſt ſeparati nil amplius commune habent cum fundo, ſed mobilium numero habentur. Aliter ſe res habet in fructibus *ex hereditate* perceptis, qui non, niſi *lapſu 30 annorum*, præſcribuntur. *L. 7. C. de Petit. Hered.* CARPZ. *Ipr. for. p. 3. Conſt. 32. def. 29. n. 5.*

E) Scilicet in iudicio *ſingulari*; in *vniuerſali* enim conclamatum eſt, etiam ſecundum *ius ciuile*, b. f. poſſeſſorem de fructibus *conſumtis* teneri, *in quantum locupletior factus*, partim, quia hereditas recipit incrementa & decrementa, *L. 20. §. 3. ff. de Hered. pet. L. C. eod.* partim, quia heic pretium ſuccedit in locum rei. *l. 22. ff. eod.*

F) Niſi tamen tempus, *quo alias res mobiles vſucapiuntur*, præterlapſum, vbi nec *lucrum ex fructibus conſumtis* reſtituen-

ueſt. act. ſect. 1. membr. 2. §. 49. Malæ fidei poſſeſſor indiſtincte omnes fructus reſtituit, ſiue adhuc extent, ſiue conſumti ſint, cum ex conſumtione non potuerit firmius ius conſequi, quam antea quidem habebat. Ceterum hic non ſolum conſumtio naturalis, ſed etiam ciuilis intelligitur, quæ fit per translationem dominii, in emtione, donatione, permutatione, &c. conf. Gothofred. *ad l. 22. C. de R. V.*

DISTINCTIO VIII.
Inter Fructus *perceptos* & *percipiendos*.

Quando in *Diſtinct. VI.* fructus percepti pendentibus opponebantur, tunc ad ſolum *actum perceptionis*, hic vero, vbi percipiendis opponuntur, *ad debitum modum* reſpicitur. Vocant enim percipiendos, qui reuera quidem non ſunt percepti, ſed tamen debita diligentia adhibita, facile percipi potuiſſent, *G)* & ab aliis patribusfami-

dum. CARPZ. *Ipr. for. part. 3. Conſt. 32. def. 29. n. 1.* STRVV. *S. I. C. Exerc. 11. th. 23. in f.*

G) Æſtimantur autem fructus *percipiendi* non ex *perſona poſſeſſoris*, ſed *petitoris*, ſeu *veri domini*, quos hic, ſi ipſe rem poſ-

familias etiam percipiuntur. Quoad vſum iterum inter b. & m. f. poſſeſſorem diſtingui oportet. Ille de percipiendis non tenetur, *H)* ſed de perceptis ſolummodo, hic vero de percipiendis etiam, cum ſibi imputare debeat, quod negligenter in ea re, quam tamen alienam eſſe ſciebat, verſatus ſit, vid. §. 2. *I. de Off. Iud. l. 22 C. de R. V.*

Ad materiam de vſuris & fructibus *anatociſmus* etiam pertinet, vnde diſtinctiones ibi obuenientes hic ſimul perluſtrabimus.

DISTINCTIO IX.

Inter Anatociſmum *menſtruum* & *anniuerſarium*.

Menſtruus vocatur, quando vſuræ quolibet menſe exeunte, in ſortem computantur, *anniuerſarius* autem, quando hoc in fine cuiusque anni fit. Vterque eſt

poſſediſſet, *boneſte* percipere potuiſſet. *l. 62. §. 1. ff. de R. V. l. 33. ff. eod.*

H) Ante litem conteſtatam, bene tamen *poſt* L. C. *L. 25. §. 7. ff. de. Her. Pet.* quamuis adcuratius dicatur, eundem mox *a tempore actionis inſtitutæ*, ad fructus percipiendos teneri, per *d. l. 25. §. 7.* ibi: *quinimo poſt controuerſiam motam.*

eſt prohibitus, & ſic diſtinctio theoretica eſt.

DISTINCTIO X.

Inter Anatociſmum *ſeparatum* & *coniunctum*.

Coniunctum, quando ſcilicet vſuræ ſorti principali immiſcentur, per leges prohibitum eſſe, fatentur communiter DD. propter *l. 28. C. de vſur.* *Separatum* autem, quando ſuper vſuris debitis ſpecialis obligatio conficitur, tanquam ſuper noua ſorte, in praxi communiter permiſſum eſſe teſtantur, vid. Cothmann. *Vol. 1. Conſ. 18. num. 218.* Berlich. *P. 2. Dec. 268. num. 8.* Meu. *P. 4. Dec. 213.* quamuis ſi theoretice diſputemus, hæc opinio dubio non careat, *I)* de

I) Vtique perquam magnis ſententia illa difficultatibus premitur, 1) quoniam Imp. *in d. l. 28.* generatim prohibet, ne *VLLO MODO* vſuræ præteriti temporis in ſortem redigantur, ac earum vſuræ promittantur. Si *nullo modo* hoc licet, ſane nec hoc modo, ſi ſuper vſuris, tanquam *noua ſorte*, *peculiare chirographum detur*, præſertim, quum ille *ſeparatus* anatociſmus multo ante iam fuerit prohibitus, prout

de quo vid. Brunnem. *ad d. l. 28. de vſur.* Struu. *Exerc. 27. th. 50.* niſi ſupponas, debitorem eſſe diuitem, eumque vſuras promte ſoluere poſſe, eas tamen ad promouen-

prout ex ipſa *l. 28.* patet. 2) Quoniam in effectu *nihil penitus intereſt*, ſiue vſuræ præteriti temporis *ſorti admiſceantur*, ſiue ſuper iisdem, velut *noua ſorte*, *peculiare chirographum* detur, vtrobique enim creditor iniuſtum lucrum capit, vtrobique *debitor prægrauatur*. 3) Quoniam admiſſo anatociſmo *ſeparato*, prohibitio *d. l. 28.* ludibrio & deridiculo eſt futura; callidus quippe creditor ſemper vrgebit, vt ſuper vſuris, velut noua ſorte, peculiare chirographum detur. Neque obſtat illud, quod ab AVCTORE *h. l.* adfertur, temperamentum, *de debitore diuite*, qui vſuras haud difficulter ſoluere poteſt, ſed illas ſui commodi cauſſa, vt ſortem, retinere mauult. Reſp. 1) Hoc pacto etiam defendi poſſe *anatociſmum coniunctum*, quem tamen *illicitum* eſſe, nec ipſe AVCTOR diffitetur. 2) Hoc temperamento ſcrupulum omnem haud euelli, partim, quum difficillimum ſit iudicare, vtrum debitor *pauper*, an *locuples*, partim, quum & illi debitores, quibus res anguſta domi, ſe locupletes *ſimu-*

uendum commodum ſuum, tanquàm ſortem retinere malle, vid. *doctr. ff. h. t.* §. *VI.*

DISTINCTIO XI.
Inter Moram ex *re K)* & ex *perſona.*

Quotieſcunque ex *re* inducitur mora, toties nulla interpellatione opus eſt, quæ tamen præciſe requiritur, ſi ex *perſona* eadem oriri debet. Multum ergo intereſt, vt vtraque mora ab inuicem accurate ſeparetur. Ex re autem moram iuduci dicunt, ſi dies certus ſolutioni adiectus: ſi pupillo vel minori aliquid debetur: *L)* ſi quid fiſco debeatur: in fideicommiſſariis libertatibus;

lent, vt creditorem ad fidem vlterius habendam inducant, nec is forte ſortem repetat. Plura dabit, qui hoc argumentum egregie diſceptat, FRANZK. *Lib. 2. Reſolut. 10.*

K) Mora *ex re* eſt, quam *Lex introducit*, ponendo aliquem in mora, *citra factum hominis.* ZOES. *ad ff. h. tit. n. 46.*

L) Modo minores *habeant tutores & curatores*, quibus ſolui poſſit, alioqui nulla a debitore mora facta. *l. 17. §. 3. ff. h. tit.* HAGEN *de Vſu Vſurar. c. 9. n. 66.*

tatibus; *M)* in prædonibus & furibus, vid. Arumæus *de mora c. 4.* Struu. *d. Exerc. 27. th. 68.*

Quæ de adiectione certi diei diximus, quod ſcilicet ea moram ſine interpellatione inducat, nonnulli ex DD. reſtringunt ad eum caſum, ſi creditor & debitor ſint eiusdem fori, quod ſi vero ſub diuerſo foro deprehenduntur, interpellationem nihilominus requirunt, vid. Mynſing. *Cent. 3. Obſ. 95.* Brunnemann. *Cent. 3. deciſ. 64.* Beyer. *Poſ. ff. h. t. poſ. 62. 63.* Verum, quod ſalua autoritate diſſentientium dictum ſit, nobis illa ſententia principiis iuris aperte contrariari videtur. Quid enim diuerſitas fori ad hoc contribuere valet, vt dies non interpellet pro homine? aut, an homines, qui ſub diuerſo foro viuunt, propterea etiam diuerſo ſtatim iure vtuntur? Ridiculum ſane. Hinc de ea iam dubitare cœpit Saporta *de mora cap. 2. num. 63.*

Cete-

M) e. g. ſi heres a teſtatore rogatus ſit, ancillam prægnantem manumittere, is vero manumiſſionem differat, tunc ſi ancilla ante manumiſſionem pariat, partus non eſt ſeruus, ſed liber, quia mora *ex re* fit. *l. 26. §. 1. ff. de fideicomm. libert.*

Ceterum interpellationem vnicam ſufficere, *N)* neque opus eſſe, vt præciſe in iudicio fiat, ſed extraiudicialem huic æquipollere, ſatis notum eſt.

NOVA DISTINCTIO.

Inter *Vſuras* & *Intereſſe*.

Hi termini, etſi a nonnullis promiſcue capiantur, magnopere tamen inter ſe diſtant. *Vſura* enim tantum circa *quantitatem* verſatur, *intereſſe* vero circa aliam *quamcunque rem*, & contractum. HOTMANN. *Diſp. de Eo quod intereſt. cap. 1. §. 2.* 2) Vſuræ, a debitore promiſſæ, nec particulariter ſolutæ, vltra *alterum tantum* peti ac exigi nequeunt, *l. 26. §. 1. ff. de Condict. indeb. l. 27. §. 1. C. de Vſur.* (Dixi: *nec particulariter ſolutæ;* ſi enim debitor quotannis vſuras ſoluit, tunc vtique vltra alterum tantum currunt., *L. 10. C. de Vſur.* add. Röm. Pr. *Hypoth.* und

N) Quia LL. *ſimpliciter* de interpellatione loquuntur, at ſermo *ſimpliciter* prolatus, de actu *primo* & *vnico* intelligendus, vbi aliud ſpeciatim non eſt cautum, ſunt verba GOEDD. *ad l. 89. §. 1. ff. de V. S. n. 2.* Adcedit, quod debitor *vna interpellatione* ſatis certioretur, vt pluribus admonitionibus opus haud ſit.

und *Concurs-Ordn.* §. 22. DECIS. SAXON. 29. vbi hoc & ad illum caſum profertur, ſi debitor *moroſus* a creditore *iudicialiter* interpellatus ſit,) quod ſecus ſe habet in *intereſſe*, hoc enim *vltra alterum tantum* currere, patet *ex l. 2. §. 8. ff. de Eo quod cert. loc.* CARPZ. *Aſyl. debitor. Poſit. 24. n. 274. ſeqq.* 3) Vſuræ in LL. imp. terminantur in *quinque pro centum*, nec *maiores* admittuntur, etſi *promiſſæ*: quod ſecus ſe habet quod ad *intereſſe*. Etſi enim *loco huius* quincunces vſuras petere licet, ſi creditor iis contentus eſſe velit, admittitur tamen, ſi *maius intereſſe* probare intendat, quo probato, debitor, ſoluendo vſuras quincunces, non liberatur. *R. I. de anno 1600. §. 152.* HAHN. *ad Weſenbec. h. t. n. 11.* Add. CARPZOV. *Lib. 4. Reſp. 50.*

LIB. XXII. TIT. II.

De Nautico Fœnore.

DISTINCTIO I.

Inter Vſuras *vulgares* & *nauticas*.

Vſus partim in foro Romano, partim etiam in noſtro deprehenditur. Apud

Apud Romanos in contractu mutui vſuræ non debebantur, niſi per ſtipulationem promiſſæ erant; at vſuræ nauticæ etiam nudo pacto valide promittebantur, *l. 5. §. 1. l. 7. ff. h. t.* Verum ea differentia hodie non amplius attenditur, poſtquam nudis pactis vbique eadem vis tribuitur, quæ olim ſtipulationibus competebat. Manſit adhuc hodie vſus intuitu *quantitatis vſurarum.* Vulgares enim vſuræ per leges ita ſunt reſtrictæ, vt maiores, quam quincunces, promitti non poſſint, niſi quis pœnas, vſurariæ prauitati dictitatas, ſuſtinere velit; at nauticæ eum modum longe excedunt. Non ſolum enim iure Romano, *l. 26. §. pen. C. h. t.* centeſimæ; ſed & hodie adhuc maiores valide promittuntur, vid. Illuſtr. Stryk. *Caut. Contr. ſect. 3. c. 5. §. 29.* add. Hahn. *ad Weſenbec. h. t. num. 1.* Poſſes etiam hoc addere, quod propter vſuras nauticas periculum ſortis ad creditorem pertineat, propter vulgares autem ad debitorem, vid. Hagen *de Vſu vſurar. cap. 1. num. 14. ſeqq.*

LIB.

De Probationibus & Præſumtionibus.

DISTINCTIO I.

Inter Probationem *artificialem* & *inartificialem*.

Hæc mere theoretica eſt. *Artificialis* dicitur, quæ per indicia & coniecturas: *Inartificialis*, quæ per teſtes vel inſtrumenta perficitur. Perinde autem eſt, ſiue artificiali, ſiue inartificiali vtaris.

DISTINCTIO II.

Inter *Probationem* (Beweiß) & *Demonſtrationem* (Beſcheinigung,) ſiue, inter probationem *ſolennem* & *minus ſolennem*.

Prior, quæ in cauſis ordinariis obtinet, requirit articulorum oblationem in iudicio, citationem aduerſæ partis, ad videndum iurare teſtes, danda interrogatoria, & ad recognoſcendum, ac, quod pro principali merito habetur, ad terminum probato-

rium

rium præciſe eſt adſtricta; aliud in *poſteriori*, quæ ad cauſas ſummarias *A)* pertinet. Sic in cauſa *ſummariiſſimi poſſeſſorii* teſtes, abſente etiam aduerſario, coram notario examinati, ſufficientem probationem faciunt, neque hic ſuper habilitate teſtium diſputatio admittitur, quod in probatione ſolenni fieri debet. Sic, ſi quis ex *inſtrumento guarentigiato* agat, non opus eſt, vt articulos

A) Quæſtio hæc: *Num in cauſſis ſummariis articuli offerendi ac interrogatoria partis aduerſæ admittenda ſint?* In vtramque partem a DD. diſceptatur; vtriusque ſententiæ patronos laudaui in *Animaduerſ. ad* AVCTOR. **Einleit. zum** *Ciuil*-**Proceß.** *cap. 7. §. 3. lit. B.* Mihi, ſalua cuiusuis auctoritate, *aiens* ſententia probatur, (excepta cauſſa poſſeſſorii ſummariiſſimi, in qua, teſtibus coram Notario examinatis, interrogatoriis nullus locus) quam non tantum Conſtitutio Pontificis in *Clem. Sæpe. de V. S.* verum & crebrior fori vſus tuetur. Illa vero AVCTORIS adſertio, quod demonſtratio ad terminum probatorium non ſit adſtricta, temperanda, niſi *in ſententia*, qua demonſtratio iniuncta, *terminus probatorius præfinitus fuerit*, ceu fieri adſolet. RIVIN. *Enunc. Iur. Tit. 20. En. 6.* SVENDENDÖRFF. *in Proc. Fibig. p. 652. n. 313.*

culos offerat, & iiſdem inſtrumentum adiungat, ſed mox ad recognitionem deuenitur, exceptiones quoque altioris indaginis reiiciuntur, quas tamen in cauſis ordinariis admitti oportet. Sic, ſi quis in termino præfixo emanſerit, & contumaciam per allegationem *legalis impedimenti* purgare velit, tunc v. g. etiam iniuratum medici, de morbo atteſtantis, teſtimonium ſufficit. *B)* Huc pertinet etiam probatio per *ocularem inſpectionem*, quæ ipſa, non minus ac præcedentes, ad terminum probatorium neutiquam eſt adſtricta. *C)* Vnde ſi in cauſa ſum-

B) Imo in cauſſis *grauioribus*, & vbi de iure, *ex lapſu fatalis*, alteri parti quæſito, agitur, eiusmodi Medici teſtimonium *haud promiſcue ſufficere*, præiudiciis comprobaui in *Animaduerſ. ad* AVCTOR. Einleit. zum *Ciuil*-Proceß *cap. 11. §. 12. lit. F.*

C) Locum habet inſpectio illa, licet iam *in cauſſa* ſit *concluſum*, quinimo etiam *poſt rem iudicatam*, & in ipſo *executionis actu*. vid. MENCKEN. *Tr. Synopt. Proc. Tit. 28. §. 8. ſeq.* Quod tamen *bodie* in *Electoratu Saxonicæ* paullo aliter ſe habet, & vel mox, *quum articuli*, ſiue probatorii, ſiue reprobatoriales, *offeruntur*, vel *intra 14 dies*, a tempore *publicatarum atteſtationum*, inſpectio hæc peti, atque tunc,

ſummaria iudex per ſententiam actori iniungat: Daß Er den Grund ſeiner Klage beweiſen ſolle, actori iuſta appellandi cauſa ſuppetit, ſicut e contrario reus etiam appellare poterit, ſi iudex ab actore, in cauſa ordinaria, ſolummodo deſideret: Daß Er es beſcheinigen ſolle, proceſſus enim ordinarius inuito reo, in ſummarium mutari nequit, conf. Suendendörff. *in not. ad Proceſſ. Fibigii. p. 1106.* Carpzou. *Proc. Tit. 8. Art. 2. n. 52.*

DISTINCTIO III.
Inter Probationem *plenam* & *minus plenam.*

De hac ſolummodo notandum, quod *plena*, tantum operetur, quantum ad totius cauſæ deciſionem neceſſarium eſt, & quod

tunc, *ſumtibus petentis*, ſuſcipi debet, relicto aduerſarii, ad hunc actum citandi, arbitrio, num *ſuo ſumtu* pariter adeſſe velit. Quodſi vero Iudex *ex officio* illa vti velit, tunc vel *vna cum teſtium examine* ſuſcipi, vel *antequam ſententia definitiua vires rei iudicatæ accipiat*, per interlocutoriam iniungi, inſimul, *cuius ſumtibus* illa peragenda, determinari debet. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 28. §. 1.*

quod vocabulo *probationis* abſolute poſito, ea ſemper intelligatur, non ſolum in criminalibus, ſed in ciuilibus etiam: *Minus plena* e contrario per ſe non facit plenam fidem, ſed alio adhuc indiget adminiculo, de quo ad ſubſequentem diſtinctionem diſpiciendum.

DISTINCTIO IV.

Inter Probationem ſemiplena *maiorem*, ſemiplenam *ſimpliciter dictam*, & ſemiplena *minorem*.

Semiplena *ſimpliciter dicta* oritur ex depoſitione vnius teſtis, qui omni exceptione maior eſt: quodſi eiusmodi teſti adhuc alius accedat, qui non omni exceptione eſt maior, vel alia quædam præſumtio, tunc exinde probatio ſemiplena *maior* exſurgit; e contrario, ſi vnum ſaltem teſtem, non omni exceptione maiorem, vel aliam coniecturam habeam, v. g. in cauſa imputati adulterii, literas amatorias: in cauſa homicidii præcedentes minas, &c. probatio ſemiplena *minor* vocari conſueuit, vid. Carpzou. *P. 1. Conſt. 23. def. 4.*

Vſus in eo conſiſtit: Si actor ſemiplenam *ſimplicem*, vel *maiorem* etiam, pro ſe habet, tunc ad iuramentum ſuppletorium admittitur, ſcilicet in cauſis ciuilibus, non ve-

ro in criminalibus, vid. *ſupra tit. de iureiur. diſt. XI.* aſt ſi ſemiplena *minori* ſaltem munitus ſit, tunc reo iuramentum purgatorium deferri conſueuit. Poſſes & hoc addere: Semiplena *maior* in cauſis ſummariis, antiquis, & in defenſione rei, pro perfecta habetur, non autem reliquæ, Crauetta *Conſ. 158. num. 11.* Menoch. *lib. 1. præſumt. 41.* Brunnem. *Proc. ciuil. c. 18. num. 10.* Coler. *de Proc. execut. P. 3. c. 1. n. 62.*

DISTINCTIO V.

Inter Præſumtionem *Hominis* & *Iuris*, *Iuris* & *de Iure.*

Præſumtio *hominis* & *iuris* in eo conueniunt, quod vtraque admittat probationem in contrarium: præſumtio autem, quæ *iuris & de iure* dicitur, eam neutiquam admittit.

Ne vero putes, præſumtionem *hominis* & *iuris* propterea plane idem eſſe. Perſuaſiſſe hoc ſibi videtur Dn. Beyer. *in poſit. ff. h. t. in ſubiunct. poſt poſit. 46.* de cuius obiectionibus breuiter videbimus. *Vtraque*, inquit, *nititur ſana ratione, & conſequentia certa, vel probabili, ex conditione humani generis, qualitatis perſonarum, aut rerum, natura contractus, & negotii, &c. deſumta.* Recte. Sed in eo tamen manet differentia, quod præſumtio *iuris* deſumatur

tur *ex natura rerum, & generis humani in vniuerſum conſiderati*, præſumtio *hominis* autem *ex ſpecialibus circumſtantiis, in hoc illoue negotio occurrentibus.* Pergit Dn. Beyer: *Ad poſteriorem* (præſumtionem *iuris* ſcilicet) *præterea requirunt, vt in LL. ſit expreſſa. Verum cui vſui? cum & hominis præſumtio, ſi friuola non ſit, eodem iuris effectu gaudeat, neque regulæ alicuius qualiscunque in legibus expreſſio maiorem ei validitatem conciliet, ſed requiratur, tum vt exprimatur diſpoſitiue, & per modum theſeos, tum vt conſtet, eam nullius, vel minoris momenti fuiſſe, niſi in lege eſſet expreſſa.* Hic ante omnia ſupponendum eſt, ICtos per vocem *hominis* non quemcunque hominem, ſed *iudicem* ſolum intelligere, cuius ſcilicet præſumtio effectum deciſiuum in foro poſt ſe trahere poteſt, conf. *diſp. noſtr. inaugural. de præſumt. bonitat.* Quamuis vero vtraque præſumtio eodem iuris effectu gaudeat; hæc tamen iterum adeſt differentia, quod præſumtio *iuris immediate* ex lege deſcendat, *nullamque præcedentem probationem requirat*, v. g. quando leges præſumunt, *quemlibet* bonum eſſe: *quemlibet* fundum libertate gaudere: *neminem* ſuum iactare, &c. verum præſumtio *hominis præcedentem probationem aliquam omnino deſiderat.* Eſt quippe illa vel in bonam,

vel in malam partem. Priori caſu oritur ex ſemiplena probatione, & propterea iudex mihi iuramentum ſuppletorium defert, quia præſumit, iuſtitiam cauſæ a mea parte ſtare, cum vnum teſtem, omni exceptione maiorem, pro me habeam. Poſteriori caſu ex depoſitione vnius teſtis, omni exceptione non maioris, deſumitur, & proinde iuramentum purgationis defertur. Hæc ſine dubio adhuc alicuius vſus eſſe videntur.

Addit Dn. Beyer: *pleraque præſumtionis iuris exempla in legibus ſaltem per modum hypotheſeos, & tanquam rationes æquitatis naturalis, vel regulas bonæ interpretationis allegari, neque minus valere præſumtiones: neminem ſuum iactare; contractum intelligi rebus ſic ſtantibus &c. licet in LL. expreſſæ non forent.* Verum hic non putamus, quod aliquem diſſentientem habeat, qui genuinis iurisprudentiæ ciuilis fundamentis eſt imbutus. Quando enim DD. præſumtionem *iuris* nominant, tunc non præciſe talem intelligunt, quæ *ex iure ciuili ſolo* deſcendit, ſed eam quoque, quam *ius naturæ* indigitat, quamuis in legibus ciuilibus non fuerit repetita. Hic ergo ſine neceſſitate diſſentire videtur Dn. Beyer.

De-

Denique, quando ad præſumtionem *iuris* & *de iure* argumenta apodictica, v. g. mulierem prægnantem non eſſe virginem, &c. refert, tunc itidem a recepta hactenus vocabuli ſignificatione receſſiſſe videtur. DD. enim hoc ſaltem eodem denotant, (quod paulo poſt addit) *quando leges non adeo ex facto inferunt, quam diſponunt, & conſtituunt. quod aliter ſe habere concluſio non debeat.* Hinc quando in LL. dicitur, quod moriens non præſumatur iocatus eſſe, tunc idem eſt ac moriens non debet iocari. Sic quando tutor dicit, ſe res proprias per errorem in inuentario inter res pupilli retuliſſe, tunc leges eius probationem non admittunt, in pœnam, quia tutor in confectione illius inuentarii maiorem circumſpectionem adhibere debuiſſet, v. *l. 13. C. arbitr. Tutel.* Fateor quidem, præſumtionis vocabulum hic admodum improprie accipi, cum aliud ſit præſumtio, aliud iuris diſpoſitio; ſed vocabulis ita vtimur, prout receptum eſt, quia nobis illorum ſignificationes mutare neutiquam conuenit.

De Fide Inſtrumentorum & Amiſſione eorum.

DISTINCTIO I.

Inter Inſtrumentum *publicum* & *quaſi publicum.*

Q*uaſi publicum* vocant, quod trium teſtium *A)* ſubſcriptione eſt confirmatum, iuxta *l. 11. C. qui pot. in pign.* & illi eundem effectum tribuit Lauterbach. *h. t.* quem inſtrumentum publicum coram iudice confeſſum, ſiue actis inſinuatum, habet, vnde nullus vſus practicus huius diſtinctionis eſſe videtur. Sed ſalua nihilominus res eſt, manet adhuc vſus non contemnendus. Quando enim in multis locis requiritur, vt v. g. contractus ſuper venditis prædiis ruſticis & vrbanis, in publicum inſtrumentum redigantur, tunc neutiquam, puto, ſufficeret, ſi quis loco confirmationis iudicialis, quæ eo ipſo indigitatur,

A) Maſculorum, d. l. 11. Modo tamen teſtes adhuc *viuant*, ac ſubſcriptiones ſuas *recognoſcant*, vel minimum *duo* ſuperſint, qui recognoſcere poſſint. BRVNNEM. *ad d. l. 11. n. 6. ſqq.*

tur, ſubſcriptionem trium teſtium, tanquam æquipollens aliquod, ſubſtituere vellet. Quando E. Lauterbach. vtrique inſtrumento eundem effectum tribuit, hoc ſalem in caſu conſtitutæ hypothecæ procedit, iuxta *cit. l. 11. C. qui pot. in pign.* quamuis nec hactenus quidem in Saxonia applicari poſſit, quia ibi non ſolum in plenaria alienatione, ſed in oppignoratione immobilium etiam, præciſe requiritur, vt iudicialiter fiat.

DISTINCTIO II.
Inter Inſtrumentum *publicum* & *priuatum.*

P*ublicum* plenam meretur fidem, vnde qui ex publico agit, recognitionem petere neceſſe non habet: ſecus in *priuato*, quod quidem contra producentem, *B)* non

B) Locus hic mendoſus, & dubio procul ita legendum: *quod quidem contra ſcribentem, non pro eodem, nec tamen ante factam recognitionem, probat.* Fallit tamen illa adſertio: quod inſtrumentum priuatum non probet *pro ſcribente*, in *libris mercatorum*, qui plerisque in locis *ſemiplene* probant. Vid. AVCTOR *Doctr. Pand. h. t.* §. 8. Dico: *plerisque in locis*; in *Electoratu Saxoniæ* enim liber

 men-

non tamen pro eodem, ante factam recognitionem, probat. Speciale quid eſt de iure Saxonico, vbi publica quoque inſtrumenta ad

mercatoris ſemiplene ſaltem probat *inter mercatores vtrinque litigantes:* alias, quum ad probationem debiti, eiusmodi liber producitur, regulariter non *ſuppletorium*, ſed *purgatorium*, aut aliis concurrentibus adminiculis, ſuppletorium *in cauſſa principali*, iniungendum. ORD. PROC. EL. SAX. RECOGN. *Tit. 30. §. 4.* Pariter in *Electoratu Hannouerano* ex *Conſtitutione Diui* GEORGII I. *de d. 21. Mart. 1720.* eiusmodi liber *ſaltem inter ipſos mercatores* ſemiplene probat, minime vero quod ad alios emtores, ſed heic mercator *de confeſſione ipſius debitoris*, vel *in chirographo*, vel durch einen unterſchriebenen Auszug, facta, ſibi proſpicere debet. DN. PVFENDORF. *Introduct. ad Proceſſ. ciuil. p. 3. cap. 8. §. 25.* In terris *Sceptro Boruſſico* ſubiectis, liber mercatoris *indiſtincte* ſemiplene probat, *modo intra ſex menſes, a die, quo debitum contractum, computandos, mercator ex illo agat;* quod tamen per *Edictum de d. 23. Septembr. 1726.* de *ſolis ſubditis*, inter ſe diſceptantibus, capiendum, neutiquam vero ad *extraneos*, ſiue *creditores*,

ad recognitionem offerenda C) ſint, Carpz. *de Proceſſ. Tit. 14. Art. 2. n. 18.* quamuis, cum hic iuratæ diffeſſioni locus non concedatur, iuxta eundem *cit. Tit. 14. art. 3. num. 48.* eandem ſuperfluam & abundantem non immerito dixeris, vid. B. STRYK. *Introd. ad prax. for. cap. 19. §. 7. in f.*

Publicum in concurſu creditorum, hypothecæ ius prælationis tribuit, præ omnibus hypothecis *priuatis*, quamuis hæ tempore priores ſint.

Pu-

res, ſiue *debitores*, proferendum. Alicubi liber mercatorius *plene* probat, velutí *Lubecæ*, ſi ſumma debiti non excedit *30 marcas Lubecenſes*, vid. IVS LVBEC. *part. 5. Tit. 6. art. 4.* ib. MEVIVS *n. 7. ſeq.* nec non *Hamburgi*, ſi liber *morte mercatoris confirmatus.* STATVT. HAMBVRGENS. *p. 1. Tit. 30. art. 7.*

C) *Hodie* in *Electoratu Saxoniæ* documenta *iudicialia*, aut *actis publicis inſerta*, aut *in iudicio recognita*, quantumuis ad inſtantiam *tertii*, vel in *alia cauſſa*, vel coram *alio* quam ordinario iudice, rite tamen *inducta*, citra *recognitionem* probant, ſaluis tamen exceptionibus. ORD. PROC. ELECT. SAXON. RECOGN. *Tit. 25. §. 2.*

Publicum in materia teſtamentorum nullas requirit ſolennitates, bene tamen *priuatum*.

Publicum interdum præciſe requiritur, & *priuatum* non ſufficit, v. g. ſi mulier intercedit pro alio: hoc enim, ſi in priuato inſtrumento fiat, mulier exceptione Sc. Velleiani opus non haberet, ſed ipſo iure tuta eſſet, *D) l.23. §.ſ. C. ad SC. Velleian.* Item in Saxonia in alienatione & oppignoratione immobilium, & alibi etiam, in alienatione prædiorum ruſticorum.

DISTINCTIO III.
Inter Inſtrumentum a *notario* & a *priuatis* confectum.

Hic maximus vſus, intuitu adhibitionis certarum ſolennitatum, deprehenditur. In inſtrumentis notariorum inuocatio nominis diuini præcedere, & tunc porro annus Chriſti, indictio Romana, nomen Imperatoris regnantis, menſis, dies, hora, & locus ſpecialis, vbi negotium geſtum eſt, ex-

D) Intelligendum hoc, ſi in *priuato* inſtrumento intercedat, *citra renunciationem* SCti, hac enim accedente, *valide* obligatur, licet in *priuato* inſtrumento intercesſio facta. Add. B. STRYK. *de Cautel. Contract. Sect. 2. cap. 6. §. 12.*

exprimi debent: adhibendi etiam ſunt teſtes, & ſubſcriptio non ſolum, ſed ſubſignatio etiam ſigillo notariatus facta, adiicienda eſt, de quibus omnibus fuſius diſponit *Ordin. Notar. de A. 1512.* §. Und demnach, conf. Hahn. *ad Weſenb. h. t. num. 5. verb. ſunt & ſolennes clauſulæ*, vbi alia adhuc occurrunt: ſed neutrum horum in inſtrumentis priuatis exigitur, ne quidem ſubſcriptio, ſi quis integrum inſtrumentum propria manu conſcripſit. Excipiunt communiter *rationes*, quæ & ſubſcriptionem, & diem requirunt, *l. 8. §. 15. ff. quib. mod. pign. ſolu. l. 1. §. 2. ff. de Edend.* idque poſterius ex ipſius rei indole, cum rationes non vno eodemque tempore, ſed de die in diem conficiantur.

DISTINCTIO IV.

Inter *Chirographum*, *Syngrapham*, *Antapocham* & *Apocham*.

Chirographum vocant, quod in contractibus *vnilateralibus*, præcipue mutui, a debitore creditori in ſecuritatem crediti offertur, melioris probationis ergo: *Syngrapha* e contrario in contractibus *bilateralibus* conficitur, & ab vtroque contrahentium ſubſcribitur, atque cuilibet exemplar eiusdem traditur, quo pertinent inſtrumenta ſuper emtione, locatione, ſocietate, &c. confecta. Per *apocham* creditor teſtatur, pecu-

pecuniam debitam a debitore ſibi ſolutam eſſe, atque adeo hæc chirographo directo opponitur. *Antapocha* denique eſt inſtrumentum, quo fatetur debitor, ſe præſtationes annuas ſoluiſſe, easque ex prædio ſuo debere, *E)* iuxta *l. 19. C. b.t.* Ceterum præter diuerſum huncce conceptum in effectu non differunt, omnia enim eandem vim probandi habent, conf. Hahn. *loc. cit. num. 2. verb. ſcripturarum autem priuatarum.* Ita hoc reſpectu. Differunt tamen ratione *modi procedendi:* ex chirographo enim executiue agere poſſum, non vero ex ſyngrapha, *F)* vid. Einleit. zum Ciuil-Proc. *Cap. 3. §. 3. ſeqq.*

DIST.

E) Vel etiam, ſe *vſuras pecuniæ mutuo ſumtæ ſoluiſſe, d. l. 19.* Quo cautionis genere ideo ſibi proſpicit dominus directus, nec non creditor, vt, ſi forte emphyteuta vel debitor *negare* velit, ſe fundum *vt emphyteuticum* poſſidere, vel, ſe hanc vel illam ſummam pecuniæ *ex mutuo debere*, mox per eiusmodi documentum mendacii conuinci poſſit, Inſtrumento inueſtituræ, vel chirographo, forte deperdito.

F) Contraria ſententia magis adridet, defenſa a DN. de BERGER *Elect. proc. execut. §. 29. ſeq.* & confirmata per ORD. PROC. EL. SAX. RECOGN. Anhang §. 4. modo

DISTINCTIO V.
Inter *Protocollum* & *Transſumtum.*

Protocolla ſunt ſcripturæ, a notariis, ſuper negotio aliquo, memoriæ cauſa, confectæ, ex quibus poſtea *transſumta* (quæ proprie inſtrumentorum nomine veniunt) conficiuntur. *Protocollum* ergo non deſiderat ſolennitatem aliquam, ſed diſtinctam ſaltem adnotationem omnium eorum, quæ de tempore in tempus, notario expedienda commiſſa fuerunt. At vero in *transſumto* omnia illa adeſſe debent, quorum paulo ante ſub *diſt. III.* mentionem iniecimus. Non tamen requirimus, vt teſtes a notario adhibiti inſtrumentum illud ſimul ſubſcribant, quod quidem putat Bachou. *in not. ad Weſenb. h. t.* ſufficere enim poſſe puta-

modo *deficiente* renunciatione exceptionis non adimpleti contractus, implementum *in continenti* doceatur, alias, donec negatum implementum per probationem & reprobationem deductum fuerit, proceſſus executiuus *ſuſpenditur*, reus vero temerariæ negationis poſtea conuictus, *quartam* partem ſummæ, *libello comprehenſæ*, pœnæ loco exſoluet, aut, ſi tantum in bonis non habeat, *carcere*, aliaue *pœna arbitraria*, coërcendus. ORD. PROC. RECOGN. *d. l.*

putamus, quæ hic adduxit Hahn. *loc. cit. num. 5. verb. tamen communis diſtinctio*, quod ſcil. nouæ ſolennitates, præter leges, non ſint introducendæ, & quod ex *Nou. 73. c. 5.* firmum pro Bachouii opinione argumentum deſumi nequeat. Deinde, ſi diſſonantia quædam inter protocollum & tranſumtum deprehendatur, hoc ex illo eſt diiudicandum, illiusque fides huic præualet, Carpz. *P. 1. C. 17. Def. 44.* hoc enim eſt referens, illud vero relatum. At referens, ſi a relato recedit, fidem non meretur.

DISTINCTIO VI.

Inter *Originalia* & *Copias*.

Illa ſemper probant, modo vitio aliquo non laborent, iuxta ea, quæ ad *diſt. II.* diximus. *Hæ* vero regulariter non probant, cum neſciamus, an fides adhibenda ſit eiusmodi copiis, annon, vid. *l. 2. ff.* & *l. 7. C. h. t.* quia error in deſcribendo admodum facilis, & frequens.

Probant tamen *copiæ* interdum. Huc pertinet, ſi exemplificatio facta citatis ſis, quorum intereſt: ſi exemplum ex archiuo producatur: *G)* & ſi in cauſis antiquis verſemur,

G) Hæc ſententia dubia, quum *ſola cuſtodia & locus* ad fidem ſcripturæ nihil conferre

ſemur, vid. Brunneman. *Proc. Ciu. c. 19. n. 9. 10. 11.* add. Hahn. *ad Weſenb. b. t. num. 2. verb. Exemplar.*

Copia *vidimata* (aut *fidemata*, vtrumque enim recte ſcribitur *H)* ab *auſcultata* in

ferre poſſit. Vid. ANT. MATTHÆI *de Iudic. Diſp. 9. th. 63.* STRVV. *S. I. C. Exerc. 28. §. 31.* Niſi *antiquitas temporis* concurrat. FRITSCH. *de Iure Archiu. cap. 7. n. 41. ſeqq.* Conf. ANT. GABRIEL. *Commun. Concl. Lib. 1. Tit. de Probat. Concl. 5.* RVLAND. *de Commiſſar. p. 2. Lib. 5. cap. 24. n. 4. ſeqq.*

H) Quæſtio præiudicialis eſt: Vnde vocabulum *vidimata* deſcendat? Et non *receptior* tantum, verum &, ni fallor, *probabilior* ſententia eſt, a verbo *videre* idem eſſe deriuandum, partim, quod olim Collatores eiusmodi copiæ ſubſcribere ſoliti fuerint: *Vidimus N. N.* BLVM. *Proc. Cameral. Tit. 63. §. 36.* partim quod Comitibus Palatinis in diplomatibus nonnunquam concedatur: Daß Ihr Vidimus dem Original allerdings æquipariret werden ſolle. GEORG. MVND a RODACH *de Comit. Palatin. cap. 3. n. 335.* *Quæ deriuatio*, verba B. STRYKII *de Iur. Senſ. Diſp. 1. cap. 1. n. 4.* heic damus, *documento eſt, male fidematam copiam ſcribi, ac ſi a fide, quam facit, deduceretur.*

in effectu non differt, ſed ſolum quoad modum exemplificationis, quia in auſcultatione alter prælegit, alter vero auſcultat; in vindicatione autem vnus vtrumque, & copiam factam, & originale, perlegit. Sed tamen neque eiusmodi copiæ probant, niſi ſemiplene. *I)*

❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀

LIB. XXII. TIT. V.

De Teſtibus.

DISTINCTIO I.

Inter Teſtes *omni exceptione maiores & idoneos.*

Teſtis *omni exceptione maior* (qui etiam *claſſicus* vocari conſueuit) ſemiplenam *A)* facit probationem, &

I) Præterquam ſi *vtraque parte præſente*, exemplificatio facta, vbi *plene* probant. AVCTOR *Doctr. Pand. h. t.* §. 7.

A) Ita regulariter. Nonnunquam tamen & *vnus* teſtis claſſicus *plene* probat, e. g. in cauſſa *poſſeſſorii ſummariiſſimi*: pro *defenſione inquiſiti*: ſi agatur *de probanda morte occulta*: ſi agatur *de peccato euitando*,

& propterea iuramento ſuppletorio locus eſt: ſecus in teſte, qui *idoneus* ſaltem, aut omni exceptione maior non eſt, vid. quæ diximus *ad tit. de probat. diſt. IV*.

❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀

LIB. XXII. TIT. VI.

De Iuris & Facti Ignorantia.

DISTINCTIO I.

Inter *Ignorantiam* & *Errorem*.

Ignorantiam vocamus, quando quis ad propoſitam ipſi quæſtionem *plane tacet*: *errorem* vero, ſi *minus recte reſpondendo*, v. g. ſi quæſtio ſit de probando impedimento matrimonii: ſi *nuntius iuratus* de iis deponat, *quæ ad officium ipſius* pertinent: ſi teſtis deponat *in præiudicium ipſius producentis*: ſi *nullius præiudicium concurrat*, e. g. ſi quæratur, an quis baptizatus ſit, cetera, de quo vid. FARINAC. *Opp. Lib. 2. Tit. 6. Q. 63.* &, qui præ ceteris hoc argumentum adcurate ediſſerit, HORN. *Diſp. de Probat. plena per vnum Teſtem.*

ſpondet. Vnde metaphyſici priorem ignorantiam *puræ negationis*, poſteriorem vero *prauæ diſpoſitionis* vocare conſueuerunt. Ceterum in praxi vſum non habet diſtinctio, quia quicquid de ignorantia in iure affirmatur, vel negatur, id quoque affirmatur, vel negatur, de errore, eodem vbiuis modo.

DISTINCTIO II.

Inter Ignorantiam *Iuris* & *Facti*.

In hac diſtinctione maxima latet vtilitas. Regula enim quoad *ignorantiam iuris* eſt, *quod ea excuſationem neutiquam præbeat*, cum ius certum ſit, & definitum, quod omnes ſubditi ſcire poſſunt, & debent, atque adeo eorum ignorantia, hac parte, plane ſupina & fere affectata ſit.

Exceptio eſt in *minoribus*, *fœminis*, *militibus*, & *ruſticis*, de quibus Struu. *S. I. C. Ex. 28. theſ. 56.* modo obſerues, hanc exceptionem ſolummodo in iis procedere, quæ meri iuris ciuilis, non autem, quæ iuris naturalis & diuini poſitiui ſunt; vnde pœna non mitigatur, quamuis interdum inquiſiti in actis inquiſitionalibus reſpondiſſe deprehendantur: Sie hätten den Catechiſmum und die zehen Gebothe niemahln gelernet,

wü-

wüſten auch nicht, ob ſtehlen, huren, u. d. gl. unrecht ſey, oder nicht, &c. quis enim in cauſa eſt, quod hæc neſciant, niſi illi ipſi? Præcepta ſiquidem iuris ciuilis ſæpe multis ſubtilitatibus ſcatent, & ſic a quolibet comprehendi nequeunt, non autem leges diuinæ, quæ ſimplices ſunt, & intellectu facillimæ.

Diſtinguunt vero DD. *vtrum is*, qui ignorantiam iuris allegat, *de damno vitando*, an vero *de lucro captando* certet. *Poſteriori* caſu eam nocere dicunt, non autem *priori.* Sed tamen etiam *prior* caſus ſubdiſtinguendus. Aut ſcilicet damnum *reuera iam paſſi ſumus*, rem noſtram in alium transferendo, & tunc ignorantia iuris iterum nocet, id eſt, propter errorem, vel ignorantiam iuris, non conceditur actio, *l. 10. C. de iur. & fact. ignor.* aut damnum *nobis ſaltem imminet*, vbi rem adhuc poſſidemus, & tunc talis ignorantia non nocet, ſed nobis exceptio competit, *l. 7. & 8. ff. h. t.* quæ conciliatio harum legum optima eſſe videtur, & ſic melior, quam eorum, qui eo caſu, vbi damni reparationem intendimus, nos de captando aliquo lucro ſollicitos eſſe aſſerunt, quod fundamentis iuris, ipſique loquendi formæ, directo contrariatur. Vnde etiam illi, qui ex errore iuris aliquid ſoluit, condictio indebiti recte dene-

gatur, *A)* prout contra diſſentientes (quibus ſe etiam iungere voluit Dn. Beyer. *Poſ. ff. de*

A) Cui ſententiæ ſubſcribo, ſi in ſoluente adſit *naturalis obligatio plena*, *a iure ciuili non penitus reprobata*, & ſecundum hæc textus in *L. 10. C. de Iur. & Fact. Ignor.* intelligendus videtur de caſu, qualis eſt in *L. 9. C. Ad L. Falcid.* de herede, qui *vltra dodrantem* legata ſoluit; contra, ſi ſoluens *nullo iure* obligatus fuit, in diſſentientium caſtra transeo, 1) quoniam condictio indebiti *ex bono & æquo introducta*, *L. 66. ff. de Condict. indeb.* & ergo ex errore iuris ſoluenti repetitio competat neceſſe eſt, alioqui accipiens, cum ſoluentis iniuria, locupletior fieret, quod ab omni æquitate abhorret, 2) quoniam in *L. 8. ff. De Iur. & Fact. Ignor.* diſerte ſcriptum eſt, quod *omnibus iuris error in damnis amittendæ rei non noceat;* vnde conſit, vtique ex errore iuris ſolutum condici poſſe, quum ſoluens *tempore ſolutionis*, (hoc enim inſpiciendum, *non tempus condictionis inſtitutæ) in damno amittendæ rei* hæreat, atque adeo, ſi nulla repetitione gaudet, nocebit error iuris, contra effatum PAPINIANI in *d. l. 8.* 3) quoniam ratio, quæ in *L. 53. ff. de R. I.* adfertur, cur is, qui *ſciens* indebitum ſoluit,

ff. de Condict. indeb. poſ. 29. ſeqq.) recte adſtruit Lauterbach. *eod. tit.* Et licet ille excipiat, *debere in accipiente cauſam ſubeſſe, ob quam iura ipſi retentionem indulgeant;* facili tamen negotio reſpondetur, eo ipſo iuſtam cauſam adeſſe, quod leges alteri hanc rem, in pœnam ſupinæ & craſſæ negligentiæ, adimant, modo ſcilicet accipiens etiam in errore fuerit, quod vbique ſupponitur. His ſuppoſitis facile intelligi poteſt, cur Vlpianus in *l. 25. §. 6. ff. de hered. petit.* dixerit, quod is quoque fructus retineat, & pro b. f. poſſeſſore habendus ſit, qui in iure errauit, v. g. qui putauit recte factum teſtamentum, cum inutile erat, &c. certat ſiquidem hic *de damno imminente auertendo, non de damno iam perpeſſo reſarciendo,* & ergo leges ipſi ignoſcunt. Vides ergo, in

uit, ſolutum repetere nequeat, nimirum, *quod donaſſe videatur*, ad eum, qui *ex errore iuris* ſoluit, minime quadrat. Et hanc ſententiam tuentur luculenti textus in *L. 7. ff. de Condict. cauſſ. dat. L. 1. C. eod. L. 1. ff. Vt in poſſeſſ. legator.* Conſent. HVBER. *Prælect. ad l. Tit. de Obligat. quæ quaſi ex contract. §. 8.* BACHOV. *de Action. Diſp. 4. th. 17.* FRANZK. *ad ff. Tit. de Condict. indeb. n. 28. ſeqq.* VINN. *Select. Quæſt. Lib. 1. cap. 47.*

in hac quoque materia verum eſſe, quod alias dicunt ICti: *Leges facilius exceptionem concedere, quam actionem*, quam legum analogiam qui non obſeruant, mirifice ſe torquere coguntur.

Iam ad *ignorantiam facti* progrediamur. Hic regula, priori e diametro oppoſita, deprehenditur. *Ignorantia enim facti excuſationem omnino præbet.* Facta ſcilicet publice non promulgantur, vt leges, ſed ſecreto, & nobis inſciis, qui omniſcientia deſtituti ſumus, expediuntur, ergo & a nobis exigi nequit, vt omnium factorum notitiam habeamus.

Subdiſtingue autem inter facta *propria* & *aliena*. Regula noſtra de alienis loquitur, non de propriis. Hæc enim ignorare velle, iterum ſupini & affectati notam inuoluit. Quid ergo, ſi quis e. g. ex contractu emtionis ad pretium ſoluendum obligatus eſſet, ſed tamen, vbi ſolutionem differebat, ſe ex hoc capite a mora excuſare vellet, quod huius obligationis oblitus plane fuerit? Non credo ipſi hoc profuturum eſſe, quamuis enim oblitus fuiſſet, obliuiſci tamen non debebat. Exceptio admitti poſſet, ſi de facto antiquo ageretur, vbi executio contractus in multos annos dilata erat, hic enim excuſationem forſan præberet vulgatum illud: *Memori-*

am

am hominum eſſe labilem. B) Et hæc vera huius materiæ fundamenta eſſe credimus; qui plures limitationes & ſublimitationes, rem non explicantes, deſiderat, is adire poteſt Hahn. *in not. ad Weſenb. h. t.* Noſtrum non eſt, eiusmodi confuſiones vlterius propagare.

❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀ ❀

LIB. XXIII. TIT. I.

De Sponſalibus.

DISTINCTIO I.

Inter Sponſalia *de præſenti* & *de futuro.*

Hæc diſtinctio ex iure canonico deſumta eſt, & apud eos quoque, qui lingua latina vtuntur, non parum vtili-

B) Quod temperant DD. niſi factum proprium ſit *alteri obligatorium*, tunc enim non præſumitur, nec toleratur ignorantia, etiam ob longinquitatem temporis. MENOCH. *de Præſumt. Lib. 6. Præſ. 23. n. 40.* MASCARD. *de Probat. Vol. 2. Concl. 879. n. 43.*

vtilitatis habet. Scilicet ſponſalia *de præſenti* dicuntur, quæ verbis præſentis temporis *A)* celebrantur, v. g. *Duco te in vxorem*, & hæc firmam obligationem producunt. Sponſalia *de futuro* autem appellant, vbi promiſſio per verba futuri temporis expeditur, v. g. *Ducam te in vxorem*, & hæc præparatoria potius ſponſaliorum, quam ipſa ſponſalia dici merentur, quia nullum plane effectum poſt ſe trahunt, v. Illuſtr. Thomaſius *in Diſp. Lipſ. de validit. Coniug. inuit. parent. contr.* §. *5.* Deſſel. *Erotem. iur. Canon. lib. 4. Tit. 1. qu. 3.* ſed hæc quidem in

A) Caue tamen exiſtimes, *ſolum ſonum verborum* a Canoniſtis adtendi; contrarium enim patet ex *cap. 31. X. h. t.* ibi: *Vel alia verba conſenſum exprimentia de præſenti*, cetera. Et hinc etiam ſponſalia *de futuro* per verba *præſentis temporis* contrahi poſſunt. Quare heic omnino diſtinguendum inter conſenſum *præſentem in nuptias*, & conſenſum *præſentem in ſponſalia*, ille, ex mente ſententiaque Canoniſtarum, *ſponſalia de præſenti*, hic *ſponſalia de futuro* conſtituit, e. g. *Accipio* te in vxorem; *accipio* te in ſponſam, vtrobique verbum *præſentis temporis* adeſt, *poſteriori* caſu tamen ſaltem *ſponſalia de futuro* contrahuntur. add. B. STRYK. *de Diſſenſ. ſponſalit. Sect. 1.* §. *20.*

in verbis differentia apud Germanos locum non inuenit, poſtquam iam ipſe Lutherus *in libello* von Ehe-Sachen, agnouit, es ſeye einerley, ob Hanß zu Grieten ſpreche, ich nehme dich, oder, ich will dich nehmen, quemadmodum etiam in aliis caſibus eodem recidit, ſiue v. g. quis dicat: ich ſchencke dir dieſes, oder, ich will dirs ſchencken, niſi forſan ſponſus verba ita formauerit: Er wolle künfftig einmal mit der Caia Verlöbniß machen. Hodie ergo *ſponſalia impuberum* ſolum ad ſponſalia de futuro pertinent. Communis quidem DD. confuſio huc quoque ſponſalia conditionalia refert, cui ſententiæ ipſum Schilterum *in Inſtit. iur. canon. lib. 2. Tit. 10. §. 3.* nec non Huberum *Digreſſ. P. 1. l. 2. c. 7. circ. fin.* acceſſiſſe valde miror; ſed cæcus etiam hic, ni fallor, videre poſſet, vtramque ſponſaliorum ſpeciem toto cœlo a ſe inuicem diſtare, cum *ſponſalia de futuro nullam plane*, ea autem, quæ *ſub conditione* celebrantur, obligationem, *ad expectandum conditionis euentum*, inferant, & ſic, pendente conditione, neutri ex contrahentibus facultas pœnitendi competat, vid. Dn. Thomaſius *loc. prox. cit. §. 8.*

Exiſtimant quidem nonnulli eruditi viri, hodie quoque illum actum, vbi prima promiſſio fit de ineundo matrimonio, noſtri vocant das Ja-Wort, cum ſponſalibus canoniſtarum de futuro conuenire; ve-

rum cum & hic iam adſit purus conſenſus, & ſolennitates poſtea adhiberi ſolitæ, v. g. annuli traditio, conuiuium, publicæ gratulationes, &c. non pertineant ad eſſentiam ſponſaliorum, hinc illi opinioni ſubſcribere nullo modo poſſumus. *B)*

DIST.

B) Ante omnia vocabulum: das Ja-Wort ab *æquiuocatione* liberandum. Capitur illud 1) pro *conſenſu nuptiali*, (quorſum pertinet formula apud LVTHERVM in Catechiſmo: Hans wilt du Greten zum ehelichen Gemahl haben? Dicat: Ja.) 2) pro *conſenſu ſponſalitio*, de quo vid. CARPZOV. *Lib. 5. Tit. 10. Reſp. 108. n. 29.* 3) pro *conſenſu*, quo *futura ſponſa* cum parentibus, ſi quos habet, *ſignificat*, *quod deſiderio proci adnuat*, *ac cum illo ſponſalia contrahere velit*, qui ſignificatus *huius loci* eſt. Ex quo conſit, vtique *realem* inter *hunc conſenſum*, & *ipſa ſponſalia*, intercedere *differentiam*, (quum in his *futurum* promittatur matrimonium) atque adeo eundem, velut *tractatus de ſponſalibus*, cum *ſponſalibus de futuro* (in ſenſu iuris Canonici) conuenire. Id quod fuſius euicit Ill. DN. THOMAS. *Diſp. de Pactis futuror. ſponſalior. §. 5. ſeqq.*

DISTINCTIO II.
Inter Sponſalia *publica* & *clandeſtina*.

Publica ſunt, quæ coram teſtibus, accedente parentum conſenſu, *C)* celebran-

C) Quemadmodum AVCTOR recte adſerit, ſponſalia *clandeſtina* eſſe *duplicis* generis, ita idem de ſponſalibus *publicis* adfirmandum. Vel enim a libb. *adcedente parentum conſenſu*, contrahuntur, vel ab hominibus, parentibus deſtitutis, *in præſentia teſtium*. *Illo* caſu *ſolus parentum conſenſus* ſufficit, nec requiruntur *teſtes*, ne quidem *in Saxonia*, (diſſentit. B. AVCTOR *Doctr. Pand. h. t.* §. 6.) prout patet ex CONSTIT. ELECTOR. ECCLESIAST. *Tit.* von Ehe-Gelöbniſſen, vbi, poſtquam de liberis ſtatuerat Elector, mox pergit: Wo auch 2. Perſonen, ſo beyderſeits keine Eltern haben, ſich ohne iemands Beyſeyn, mit einander in ein Ehe-Gelöbniß eingelaſſen, ſo ſoll daſſelbe vor ein heimliches Gelöbniß gehalten, cetera, atque adeo formam teſtium adhibendorum, conceptis verbis, ad ſponſalia *perſonarum, parentibus deſtitutarum*, reſtringit. Conſentit DN. de BERGER *Oecon. Iur. Lib.* 1. *Tit.* 3. §. 4. & *Reſolut. Lauterbach. p.* 524.

brantur. *Clandeſtina* autem iterum duplicis ſunt generis: aut enim *teſtium præſentia*, aut teſtibus præſentibus, *parentum conſenſus* deficit. Hæc neutiquam confundi debent, quod quidem ſæpe a DD. fieri conſueuit.

Vſus in eo conſiſtit: *Publica* firmam producunt obligationem ad matrimonium ineundum, quia iuxta formam, in legibus præſcriptam, celebrata fuerunt.

Clandeſtina, *vbi ſaltem teſtes deſunt*, pariter contrahentes obligant, (iure communi, ſecus enim apud Saxones, *D)* niſi quod probatio difficilior reddatur, vid. Heigius *p. 1. q. 22.* vbi tamen multos ſcrupulos ſine

D) Imo etiam *alibi*, e. g. *in terris Sceptro Boruſſico ſubiectis*, vid. *Renouirte Conſtitution* von Verlöbniß und Ehe-Sachen. §. 2. apud B. STRYK. *de Diſſenſ. ſponſalit. p. 337.* *Brunſuicenſibus*, vid. *Renouirte* Fürſtl. Verordn. wegen verbotenen heimlichen Verlobungen, cetera, ap. STRYKIVM *de Tr. p. 346.* Atque eiusmodi ſponſalia clandeſtina, ſecundum ordinationes Eccleſiaſticas plerorumque locorum, licet pars refractaria illa negare nequeat, oppoſita, tamen exceptione clandeſtinitatis, *nulla* declarantur. B. STRYK. *Vſ. mod. ff. h. t.* §. 6. DN. de BERGER *loc. cit.*

ſine neceſſitate mouet. Melius procedit Illuſtr. Stryk. *in not. ad Brunnem. ius Eccleſiaſt. l. 2. c. 16. §. 12. verb. de his conſtet.*

Verum *clandeſtina*, *quæ parentum conſenſu* deſtituuntur, nulla ſunt, quia forma, in legibus diuinis, & naturalibus, & poſitiuis, requiſita, deficit. Parentibus enim & hac parte liberi reuerentiam exhibere tenentur. Appoſite Catullus:

Virginitas non tota tua eſt, ex parte parentum eſt,
Tertia pars matri data, pars data tertia patri.
Tertia ſola tua eſt, noli pugnare duobus.

v. Heigius *d. qu. 22. num. 59.* Obtinet hoc, ſi ſponſalia ante conſummationem impugnantur, ſi tamen conſummatio acceſſit, aliud ſæpe obtinet, *E)* vid. *tit. ſequ. Diſt. VI.* an bene, an male, non diſputo.

DIST.

E) Quam praxin tamen atro carbone notandam eſſe, rectiſſime cenſet STRYKIVS *de Diſſenſ. ſponſalit. ſect. 4. cap. 1. §. 32.* Etſi enim CARPZOV. *Iuriſpr. Conſiſt. Lib. 2. Tit. 3. Def. 60. n. 9. ſeqq.* & STRVV. *Ipr. Rom. Germ. for. Lib. 1. Tit. 6. §. 4.* fauorem matrimonii heic crepent, & quod parentes non tam præfracte poteſtate ſua abuti debeant, cum manifeſta mulieris vitiatæ in-

DISTINCTIO III.

Inter Sponſalia *pura* & *conditionalia*.

Pura ſtatim obligationem producunt, & in illis facultas pœnitendi vtrique parti ſimpliciter eſt præſciſſa. *F)* Aſt in *conditio-*

tio-

iniuria, vt reliquas leuioris momenti rationes ſilentio inuoluam; certiſſimum tamen eſt, ita fauendum eſſe matrimonio, ne peccatum hoc pacto inducatur, vel ad delinquendum libb. inuitentur. Iam dic, ſodes, an non ad delinquendum liberi inuitentur, ſi, poſt adcedentem, nefario auſu, copulam carnalem, parentes connubium amplius impedire nequeant. Et fruſtra adſeritur, parentes, in diſſenſu ſuo perſtantes, poteſtate ſua abuti, ac mulieri vitiatæ iniuriam inferre; quin potius iure ſibi competente vtuntur, & mulier vitiata dictum ſibi putet vulgatum illud: Damnum quod quis ſua culpa ſentit, ſentire non videtur.

F) Rationem hanc expromit CARPZ. *Lib. 3. Reſp. 57. n. 7. quia ſponſalia de præſenti ſolo ac nudo contrahentium conſenſu non contrahuntur, vt propterea nudo viciſſim diſſenſu diſſoluantur, ſed a Deo colligantur,*

tionalibus effectus, vsque ad euentum futurum, in ſuſpenſo manet, ac quamuis nec pendente conditione, pœnitere liceat, e contrario tamen, ea pendente, etiam ad conſummationem agi non poteſt, *G)* quod in

tur, & ab ipſius auctoritate & voluntate dependent; quos vero Deus coniunxit, homo ne ſeparet, eſt diuinæ Maieſtatis præceptum Matth. 19. v. 5. Verum reſpondemus verbis B. STRYKII *Tr. de Diſſenſ. ſponſal. Sect. 3. §. 28. Velim oſtendadatur iuris diuini ſanctio, qua homo magis ad fidem ſponſaliorum, quam alterius pacti honeſti implementum, conſtringatur.* Quod enim ad effatum Chriſti attinet, quilibet videt, obtorto velut collo illud a CARPZOVIO huc trahi, quum Seruator *matrimonium conſummatum* præponat, & ex *vnitate carnis* arctiſſimum eius vinculum deriuet, qualis nexus in perſonis deſponſatis haud dubie ceſſat. Hoc interim largior, non niſi *præſcitu Iudicis eccleſiaſtici*, ſponſalia, mutua partium voluntate, diſtrahi poſſe, quem tamen in impertiendo conſenſu *non adeo difficilem* ſe præbere debere, recte ſubmonet BROVWER. *de Iur. Connub. Lib. 1. cap. 28. n. 56.*

G) Quod recte temperat AVCTOR *Doctr. Pand.*

in omnibus conuentionibus conditionalibus ita obſeruatur, vid. Carpzou. *Iuriſpr. Eccl. lib. 2. Def. 21. & 70.* Ceterum omnis conditio poſſibilis licite adiicitur, quamuis ſpem lucri contineat, v. g. ſi ſponſus officium aliquod conſecutus fuerit, aut ſponſa aliquot millia thalerorum attulerit dotis nomine, Carpzou. *l. c. Def. 22.* Schilter. *Inſtit. Iur. Canon. lib. 2. Tit. 10. §. 4.*

Sed quid de conditione *impoſſibili* vel *turpi* ſtatuendum, ſi ea forſan ſponſalibus adiecta deprehendatur? Sedes huius materiæ eſt in *c. fin. X. de condit. appoſ.* vbi Papa Gregorius IX. diſtinguit, (1.) vtrum conditio adiecta ſit *facto impoſſibilis*, an *turpis*, (2.) vtrum hæc turpitudo impingat *contra leges quaſcunque*, an vero *contra leges matrimoniales in ſpecie.*

Si conditio *contra leges matrimoniales* impingit, v. g. Contraho tecum, ſi generationem prolis euites: vel, donec inueniam aliam honore vel facultatibus digniorem: aut, ſi pro quæſtu adulterandam te tradas; tunc ipſe Papa fatetur, matrimonii contractum, quantumcunque ſit fauora-

Pand. h. t. §. 4. niſi is, *in cuius fauorem conditio adiecta*, eadem abiecta, conſummationem matrimonii vrgeat.

uorabilis, effectu carere, *H)* & hactenus bene decidit. Sed videbimus vlterius.

Scilicet, ſi conditio *contra leges quaſcunque impingit*, v.g. ſi furtum, homicidium, vim, & ſimilia, commiſeris: item, *ſi facto eſt impoſſibilis*, v. g. ſi cœlum digito tetigeris, &c. tunc Papa has conditiones, in fauorem matrimonii, pro non adiectis habendas eſſe pronunciat, quod Deſſel. *Erotem. iur. Canon. l. 4. tit. 3. qu. 3.* exinde deducere nititur, quia etiam in vltimis voluntatibus eiusmodi conditiones pro non adiectis haberi ſolent. *I)*

Ergo

H) Quia hæ conditiones *tribus matrimonii bonis*, (in *c. 10. Cauſſ. 27. Q. 2.* relatis) nimirum, *Bono prolis*, *Bono fidei*, *Bono ſacramenti*, e diametro aduerſantur, & ſic cum ipſa ſubſtantia matrimonii pugnant. ENGEL. *Colleg. Iur. Canon. Tit. de Condit. appoſ. n. 9.*

I) Huic DESSELII argumento nil quidquam ponderis ineſt, quoniam ab vltimis voluntatibus ad ſponſalia N. V. C. Teſtamentum a *ſolo* teſtatore, herede & legatario regulariter *abſente*, ordinatur, atque adeo neuter, aduerſus impoſſibilem conditionem, eidem inſertam, per pactum & proteſtationem ſibi proſpicere

 por-

Ergo de iure canonico maximus vſus diſtinctionis, inter diuerſas haſce conditionum impoſſibilium ſpecies, deprehenditur. Sed quid apud Euangelicos? Certe ſi Carpzouium alioſque nonnullos inſpicimus, iuriſprudentia Euangelicorum ab hypotheſibus Pontificiorum nihil peculiare habebit, nam & ille in *cit. Iuriſpr. Eccl. lib. 2. Def. 23.* eadem repetit, quae Papa dixit, & non minus, quam hic, fauorem matrimonii crepat, add. Schilter *d. l. 2. tit. 10. §. 4.* Verum enim vero cum hæc diſpoſitio iuris canonici plane irrationabilis ſit, cum ſcilicet conſenſum inducat, vbi talis non eſt, & homines

poteſt. Aliter ſeſe res habet in ſponſalibus, quae *vtriusque conſenſu* celebrantur, vnde dum alter eiusmodi conditionem adnectit, alter eandem ſine proteſtatione admittit, reuera vterque eſt iocatus. Rectius proinde a contractibus argumentum ducitur, quos impoſſibili conditione, adfirmatiue adiecta, vitiari, conclamatum eſt. Sunt tamen ex Canoniſtis, qui Conſtitutionem Pontificis tantum *de matrimonio* intelligunt, quum in *d. cap. f.* ſolius matrimonii mentio fiat; *ſponſalia* vero, ſub *turpi* vel *impoſſibili* conditione contracta, *nulla* eſſe fatentur. ZOES. *ad d. Tit. de Condit. appoſ. n. 22.* ENGEL. *eod. n. 15.*

mines inuitos etiam ad nuptias cogat, quod ipſum deteſtatur ius diuinum, naturale & poſitiuum; DD. autem noſtri in ea ſint opinione, & recte quidem, ius canonicum Euangelicos non obligare, neque inter eos pro recepto haberi poſſe, niſi quatenus cum iure diuino congruit; hinc iuri canonico in hac materia autoritas aliqua apud Euangelicos tribui nulla ratione poteſt, quod ipſum non ſolum rationibus concludentibus, ſed autoritatibus etiam, & Theologorum, & ICtorum Proteſtantium, fuſe oſtendimus in *pecul. Diſſertat. de Conditionibus ſponſaliorum impoſſibilibus, hic Halæ ante duos annos habita*, quo nos breuitatis cauſa remittimus.

DISTINCTIO IV.

Inter *Arrham ſponſalitiam*, *ſponſalitiam Largitatem*, & *Morgengabam*.

Arrha *ſponſalitia* vocatur, quæ *in ipſo actu deſponſationis* plerumque offertur a ſponſo ſponſæ, & vice verſa, quo pertinent annuli, &c.

Sponſalitiam largitatem autem ſponſus ſponſæ, tempore intermedio, *poſt celebrata ſcilicet ſponſalia, vsque ad nuptias*, offerre ſolet, ad eliciendum ſcilicet, vt creditur, vulgo, ſponſæ amorem.

Morgengaba denique a ſponſo ſponſae *altero nuptiarum die*, in praemium delibatae virginitatis *K)* dari conſueuit.

Vſus in eo conſiſtit: *Arrham* retinent quidem deſponſati, ſi matrimonium ſubſequitur: aſt ſi non ſequitur, tunc diſtinguendum, cuius culpa hoc fiat. Si *culpa ſponſi* ſubeſt, tunc ſponſa itidem arrhas, quas accepit, retinet, *ſin ſponſae*, tunc haec acceptas duplicatas reſtituit; *ſin neutrius*, tunc ſimpliciter reſtituuntur, *L) v. l.3.&5. C. de ſpon-*

K) Hanc rationem, etſi a multis DD. laudetur, minus adcuratam eſſe, ſolidiſſime euicit Illuſtris Fridericianae Cancellarius, DN. de LVDEWIG *Diſp. de Dote Mariti Differ. 1. §. 12.* quin potius maritus donum hoc nouellae vxori offert in ſignum arctiſſimi conſortii, & communionis indiuiduae. B. GVNDLING. *Diſp. de Emtion. Vxor. cap. 4. §. 19.* Vnde nec hoc in paſſu differentia ſtatuenda inter *virginem* & *viduam* ductam. DN. de LVDEWIG *in Commentar. ad A. B. Tit. 35. p. 549.* GVNDLING. *d. Diſp. c. 4. §. 26.*

L) Quod *hodie* mutatum, & *morte* alterutrius *interueniente*, arrha tum a *defuncti heredibus*, tum a *parte ſuperſtite*, *retinetur*. CARPZOV. *Ipr. for. part. 3. Conſt. 19. def. 13.* LAVTERBACH. *de Arrha, Sect. 5. §. 148.*

ſponſalib. Hodie vſus practicus longe diuerſus obtinet. Conſiſtoriales enim ſibi communiter arrhas vindicare ſolent, *M)* ſi inter deſponſatos litigia oriantur, & ſponſalia celebrata iterum reſcindantur.

Circa *ſponſalitiam largitatem* diſtinguitur in *l. 16. C. de donat. propt. nupt.* vtrum, matrimonio non ſubſequente, *oſculum interuenerit*, *an non*. *Priori* caſu dimidiam retinebat ſponſa, *poſteriori* nihil. Et hic perinde eſſe dicunt, ſiue oſcula præcedant donationem, ſiue ſequantur, modo poſt iam inita ſponſalia dentur, Barboſa *in rubr. ff. ſolut. matrim. p. 2. num. 112.* Quid hodie obtineat, de eo fere ſilent DD. quantum ego memini, nunquam audiui, ſponſalitiam largitatem vnquam redditam fuiſſe, nec tale quid apud ſcriptores reperi. Ad minimum rariſſime euenire puto, quod oſculum non interceſſerit, & quod hac parte ſponſa probatione non ſit oneranda, ſed illa pro ſe præſumtionem militantem habeat.

Mor-

M) Ita vt *nocentis* arrha Conſiſtorio cedat, non *innocentis*. CARPZOV. *Ipr. Conſiſtor. lib. 2. Tit. 4. Def. 64. n. 13. ſeq.* B. STRYK. *de Diſſenſ. ſponſal. Sect. 4. cap. 5. §. 10.* DN. de BERGER *Oecon. Iur. Lib. 1. Tit. 3. §. 6. Not. 1.*

Morgengabam quod concernit, ea ſine dubio pleno iure ſtatim ad nouellam vxorem pertinet, atque inter nobiles germanos etiamnum in vſu, diuerſis in locis, quae cum ex moribus Germanorum profluat, ad prohibitionem iuris Romani, de donationibus inter virum & vxorem, plane non pertinet, quamuis forſan & ex eiusdem iuris principiis facile defendi queat. *N)* Cum

N) Vereor, vt LL. ciuiles heic locum aliquem obtineant, id quod luculenter patebit, ſi rationes a MYLERO ab EHRENBACH (qui prae ceteris in hoc argumento elaborat deſudatque) *in Gamalogia perſonar. illuſtr. cap. 15. §. 11. ſeqq.* ex textibus iuris ciuilis depromtas, ordine enarremus. Primum argumentum eſt, *quod donatio earum rerum, quae ad contrahendum matrimonium neceſſariae ſunt, valida ſit, l. 21. verſ. non enim donat. ff. de Donat. int. vir. & vxor.* Reſp. textum ipſum loqui de expenſis *neceſſarii itineris*, ab vxore ſuſcepti, quod maritus illas, pro vxore ſolutas, repetere nequeat, addita ratione: *non enim donat, qui neceſſariis oneribus ſubuenit.* Ex quo pellucet, fruſtra hanc L. pro roboranda morgengabae donatione laudari, partim quum de donatione rerum, ad *matrimonium*

Cum hac non eſt confundenda *alia Morgen-gabæ*

nium contrahendum neceſſarium, plane non tractet, (præponitur enim matrimonium iam *contractum*) partim, quum morgengaba a marito haud detur ideo, vt neceſſariis oneribus vxoris ſubueniat, partim denique, quum morgengaba ad contrahendum matrimonium neceſſaria haud ſit, ſed adeſſe & abeſſe poſſit. Succedat *alterum* argumentum: *quod morgengabæ donatio non ſit pura & ſimplex liberalitas, ſed magis remuneratio ereptæ virginitatis, ac præmium ſolutæ zonæ virgineæ.* Reſp. Morgengabam in præmium interfectæ virginitatis dari, nil niſi illepidum quorundam DD. commentum eſt, paullo ante exploſum. *Tertium* argumentum: *quod donatio morgengabica referatur inter eas donationes, quæ honoris cauſſa fiunt, donatio autem, quæ honoris & ſplendoris cauſſa intercedit, inter coniuges valet, l. 42. ff. de Donat. int. vir. & vxor.* Reſp. In *cit. textu* ſermo eſt de donatione, viro ab vxore facta, *laticlaui petendi gratia*, vel, vt *equeſtris ordinis fiat.* Iam dic, ſodes, ad quam dignitatem, vel honorem conſequendum, hæc morgengabæ donatio fiat, & annon hoc argumentum ex eorum numero ſit, quod

gabæ ſpecies, quam vxor iure peculiari ex mariti

Logicorum filii *a diuerſis ad diuerſa* vocant? Agmen claudat argumentum petitum ex *l. 24. C. de Donat. int. vir. & vxor. vbi clare*, inquit MYLERVS, *reſcriptum eſt, quod donatio maritalis, quæ vxori pudicitiæ præmio ceſſit, obſeruanda ſit, eaque non minus, quam paternis maternisque bonis, frui poſſit.* Reſp. In *cit. L.* nil aliud occurrit, quam penes vxorem remanere donationem, morte mariti, ſiue naturali, ſiue ciuili, confirmatam, addita ratione: *quia pudicitiæ præmio ceſſit.* At quis adeo obtuſæ mentis, vt non animaduertat, hoc præmium immane quantum diſtare ab illo, quod in compenſationem deperditæ virginitatis effinxere DD. Vides, *Lector*, omnes iuris ciuilis textus, a MYLERO hanc in rem excitatos, nihil ad rem facere. Vnde & IO. SICHARDVS, teſte WEHNERO *Obſeru. pract. voc.* Morgengab. ſe contra hanc donationem reſpondiſſe refert, quod fiat conſummato iam matrimonio, cuiusmodi donationes iure ciuili ſunt prohibitæ: addit tamen, ſe irriſum fuiſſe, *quod*, verba WEHNERI heic damus, *merito ipſi videtur accidiſſe, quum hæc ſpecies donationis paſſim ſit in Europa recepta.* Obiter heic

mariti bonis capit; *O)* nec non *alia*, *Longobar-*

heic quoque mentio facienda B. BEYERI, qui in *Specim. Iur. German. Lib. 2. cap. 16. §. 8.* donationem Morgengabæ, a donatione inter virum & vxorem, *differre* contendit, quum fiat *inter ſponſum & ſponſam.* Verum reclamitat huic ſententiæ *textus* mox *citand.* ex quo confit, donum illud neutiquam *a ſponſo ſponſæ*, ſed altero nuptiarum die, poſt conſcenſionem thalami, *a marito nouellæ vxori* offerri. Audiamus Speculatorem Saxon. *Lib. 1. art. 20.* **Nun vernehmt, was ein ieglich Mann von Ritters Art, möge ſeinem Weibe zur Morgengabe geben, des Morgens, als er mit ihr zu Tiſche gehet, vor Eſſens, ohne der Erben Laub.** Add. **Schwäb. Land-Recht** *p. 1. cap. 296.*

O) Dicitur Morgengaba *cum augmento Saxonico*, quorſum pertinet **alles Feldgängige weibliche Vieh, Kühe, Kälber, Ziegen, Schweine, Sau-Mütter, die vor den Hirten gehen, alle unbeſeilte Pferde,** (ſcilicet **Mutter-Pferde,**) **die vor den Hirten gehen, und die man nicht einſpannet,** (ſi ſemel iterumque extra ordinem paterfamil. eas currui iunxerit, hoc non adtenditur, CARPZ. *loc. cit.*) **alle Gezäune und**

gobardorum moribus recepta, *P)* cui apud nos dotalitium reſpondere videtur, de quibus confer. Ziegler. *in not. ad Grot. de I.B.& P. l.2. c.7. §. 8. verb. Tale eſt matrimonium ad Morgengabicam.*

LIB.

Zimmer, die bey des Mannes Leben ungericht und unverbracht ſind blieben. Vid. **Land-Recht** *lib. 1. art. 20.* (vbi tamen oppido conferendus DN. GVNDLING. *laud. Diſp. de Emtion. Vxor. cap. 3. §. 33. ſeqq.*) COLER. *part. 1. Dec. n. 58.* CARPZOV. *Ipr. for. part. 3. Conſt. 33. def. 20. ſeqq.* Alia eſt Morgengaba viduarum nobilium *in Pomerania*, de qua vid. AVCTOR *Doctrin. Pand. Tit. de Iur. Dot.* §. 15.

P) h. e. *Morganatica*, quæ denotat certam bonorum mariti partem, poſt huius obitum vxori dandam, nec ad ſummum excedere poterat *quartam* bonorum partem, obſeruante DN. GVNDLING. *d. diſp. cap. 3. §. 20. ſeqq.*

Lib. XXIII. Tit. II.

De Ritu Nuptiarum.

DISTINCTIO I.
Inter Nuptias *publicas* & *clandeſtinas.*

Hic alia plane eſt denominandi ratio, quam in diuiſione ſponſaliorum in publica & clandeſtina. Ibi enim ad *conſenſum parentum* primario reſpiciebatur, hic vero ad modum conſummationis, nempe *ad benedictionem ſacerdotalem. Publicæ* ergo dicuntur, quæ accedente ſacerdotali benedictione conſummatæ, *clandeſtinæ* e contrario, vbi eadem deficit, & perſonæ ante legitime deſponſatæ priuato auſu corpora communicant. Vbi tamen quilibet deprehendit, eo ipſo non committi concubinatum, cum reuera conſenſus matrimonialis adſit, ſed ſolummodo leges eccleſiaſticas, quæ benedictionem ſacerdotalem præciſe requirunt, violari.

Si de vſu huius diſtinctionis diſputamus, tunc partim *ad ipſas perſonas contrahentes*, partim etiam *ad liberos, ab ipſis procreatos*, oculus dirigendus eſt. *Perſonæ contrahentes*, quoniam in leges eccleſiaſticas

cas impingunt, cenſura etiam eccleſiaſtica coercentur. Succeſſio tamen, quæ ex mero iure ciuili defertur, ſalua ipſis manet, quia ius ciuile benedictionem ſacerdotalem ignorat. Aſt ad ſucceſſionem ex ſtatutis non admittuntur. Requirunt enim hæc tales perſonas coniugatas, quæ legibus eccleſiaſticis, in prouinciis receptis, ſeſe conformarunt. Idem *ratione ſucceſſionis liberorum A)* obtinet, atque eiusmodi liberi pro legitimis *B)* omnino habentur, conf. de his B. Stryk. *de ſucceſſ. ab inteſt. Diſſ. 1. c. 2. §. 49. & 50.*

DISTINCTIO II.

Inter Matrimonium *ratum ſed non legitimum: legitimum ſed non ratum: legitimum & ratum ſimul.*

Originem ſuam hæc diſtinctio iuri canonico debet. Concurrunt enim in cauſis

A) Admittitur tamen eiusmodi filia ad *Geradam*, quum ne filia *ſpuria* quidem ab eadem repellatur. Vid. ANDR. GOLDBECK *de Iur. Gerad. cap. 5. Rubr. de Succeſſ. cognat. deſcendent. n. 34.*

B) Ius *Electorale Saxonicum* heic *publica* ſponſalia, nullo *intrinſeco vitio* laborantia,

ſis matrimonialibus, quas canones pro ſpiritualibus habent, duplices leges, eccleſiaſticæ & ciuiles, id eſt, quædam ex diſpoſitione legum generali requiruntur, quædam autem ſpecialiter ex canonum ordinatione. *Legitima* ergo dicuntur matrimonia in relatione ad ius commune, *rata* autem relatione ad leges eccleſiaſticas facta. Sic e. g. ſi quis cum infideli matrimonium contrahit, illud quidem legitimum eſſe poteſt, ſi conſenſus contrahentium, eorumque parentum, acceſſerit, ſed ratum non eſt, quia canones tale matrimonium non ratihabent. E contrario, ſi duo fideles, ſed abſque parentum conſenſu, nuptias contrahunt, ratum quidem eſt, id eſt, canonibus conforme, verum iuri communi repugnat, ob neglectum parentum conſenſum. Quod ſi ergo illa duo coniunguntur, ratum eſt, & ſimul quoque legitimum.

Sed quid de vſu dicendum? Sane ſi legitimum non ſit matrimonium, id eſt, ſi conſenſus deficiat, ſine dubio nullum illud erit, ac propterea reſcindendum: verum, ſi ratum non ſit, reſciſſio non ſtatim locum inuenit, quamuis non pauci ex canoniſtis contra-

tia, inter parentes celebrata, præponit, alioqui nec liberi *legitimorum* numero habendi, nec *ad ſucceſſionem* paternam admittendi. DECIS. SAXON. 49.

trarium propugnent, vid. Brunnem. *de iur. Eccleſ. l. 2. cap. 17. §. 8. ibique* Stryk. *in not. verb. cum infideli contractum*, quorum tamen opinio Euangelicis ſeſe non adprobat, propter textum *1 Corinth. 7.* conf. Schilter. *Inſtit. iur. canon. l. 2. Tit. 10. §. 13.*

DISTINCTIO III.

Inter Matrimonium *iuſtum* & *iniuſtam*.

Hæc diſtinctio theoretice etiam falſa eſt. Matrimonium enim iniuſtum plane non eſt matrimonium, cum hoc iuxta leges celebrari debeat, illud vero iniuſtum legibus e diametro contrariatur. Hæc cum ita ſeſe habeant, non opus eſt, vt de vſu practico diſpiciamus.

DISTINCTIO IV.

Inter Matrimonium *verum* & *præſumtum*.

Verum dicunt, quod modo legitimo probari poteſt, e. g. per teſtes, & per inſtrumenta; *præſumtum*, ad quod probandum coniecturæ in medium vocantur, v. g. diutina cohabitatio, quod tamen admittit probationem in contrarium. Hæ duæ ſpecies ergo non aliter, quam *ſolo modo probandi*, differunt.

DIST.

DISTINCTIO V.

Inter Matrimonium *incboatum*, *perfectum* & *conſummatum*.

Prima ſpecies plane incongrue huc refertur, quia per illam ſponſalia denotantur, at vero ſponſalia non ſunt ſpecies matrimonii, iuxta receptum loquendi vſum, ſed matrimonio opponuntur.

Reſtant ergo duæ poſteriores, *perfectum* ſcilicet & *conſummatum*. Matrimonium prius deſcribit Lauterbach. *ad h. t. quod abſolutum eſt ratione eſſentiæ*, id eſt, prout puto, vbi non ſolum declaratio conſenſus, ſed ipſa etiam ſacerdotalis benedictio adeſt, (quia alias non eſſet matrimonium, ſed ſponſalia,) benedictio ſacerdotalis enim quin moribus noſtris ad eſſentiam matrimonii ſpectet, nullum dubium eſt. Ad *conſummatum* vero præter copulam illam ſacerdotalem, carnalis quoque, id eſt, corporum coniunctio requiritur, quia tunc demum coniugati ſcopum ſuum plane aſſecuti ſunt. Ergo ex ſola conſcenſione thalami, wenn das Ehebette beſchritten, regulariter plena conſummatio nondum prouenit.

Verum enimvero, ſi dicendum, quod res eſt, vſum huius diſtinctionis non inuenio. Nec enim perfectum matrimonium

ex aliis cauſis iterum reſolui poteſt, quam quidem conſummatum, & vice verſa. Iura quoque vxori ratione dotis vtroque caſu eodem modo competunt. Illud vnicum ſolummodo excipitur, *C)* quod iure Saxonico, ſi *de ſucceſſione in portione ſtatutaria* agitur, perfectio matrimonii non ſufficiat, ſed conſummatio eiusdem neceſſario requiratur, ita tamen, vt ſola thalami conſcenſio hic iam pro conſummatione habeatur, vid. Carpzou. *P.3. C.19. Def.4.* Idem in Marchia. In aliis locis ſufficit, modo ſacerdotalis benedictio acceſſerit. B. Stryk. *in not. ad Brunn. Ius Eccleſ. l.2. c.17. §.40. verb. poſt conſcenſum thalami.*

DIST.

C) Aliam exceptionem adfert CARPZ. *Ipr. for. part.3. Conſt. 19. def. 11.* quod ſponſo, poſt *copulam ſacerdotalem*, ſed ante *copulam carnalem*, decedente, ſponſa *ſertum virginale* portare poſſit. Quæ ſententia tamen admodum dubia, quum eiusmodi ſponſa, licet adhuc virgo ſit *naturaliter*, non tamen virgo ſit *ciuiliter*, nec concubitus, ſed conſenſus matrimonium faciat. Vnde in alia omnia ire haud dubitauit *Facultas Iuridica Lipſienſis* in Reſponſo, quod conceptis verbis refert AVCTOR anonym. *Diſſ. de Iniur. quæ nouis nupt. inferuntur, Membr.3. n.119. ſeqq.*

DISTINCTIO VI.

Inter Conſenſum parentum, qui in liberorum nuptiis ex *honeſtate*, & qui ex *neceſſitate* requiritur.

Multum intereſt, hæc duo a ſe inuicem accurate diſtinxiſſe. Quod ſi enim *honeſtatis* ſaltem cauſa liberi ad impetrandum conſenſum paternum obſtringuntur, exinde ſequitur, liberos quidem peccare in conſcientia ſua, ſi neglecto eo, ad matrimonia prouolant, & propterea etiam a magiſtratu politico pœna aliqua arbitraria coërceri poſſe, ſed ita tamen, vt ipſum matrimonium perfectum maneat & ſaluum. E contrario autem, ſi dictum conſenſum *neceſſitatis* eſſe ſtatuimus, matrimonium, eo omiſſo, irritum omnino erit & nullum.

Aſt, quæſtio principalis in eo nunc conſiſtit, quale prædicatum ex hiſce duobus conſenſus paternus apud nos in praxi mereatur? Non inutile erit fortaſſis, ſi, antequam ad hanc quæſtionem reſpondemus, ſingulas legum diuinarum & humanarum ſpecies percurramus, & quid illæ de conſenſu hocce diſponant, breuiter recenſeamus, idque ductu eorum, quæ Illuſtr. Thomaſius *in Diſſ. Lipſ. de matrim. inuit. parent. contr.*

§. *16. ſeqq.* de hac materia fuſe & accurate diſſerit.

Scilicet quoad *ius naturæ* diſtinguendum eſt, vtrum liberi adhuc in familia paterna maneant, an vero ex eadem iam diſceſſerint, & propriam ſibi conſtituerint. Priori caſu neceſſitatis erit conſenſus, & propterea parentes nuptias, ipſis inuitis contractas, reſcindere poterunt, quia coniugium liberorum eſt actus maximi momenti in familia, & multis modis in præiudicium parentum cedere poteſt. Poſteriori caſu conſenſus honeſtatis ſaltem erit, cum ex lumine naturæ nulla ratio adferri poſſit, quæ matrimonium diſſoluendum eſſe, directo ſuadeat.

Ius diuinum poſitiuum ſæpius liberis inculcat, vt obedientiam parentibus ſuis vbique præſtent, atque actionum ſuarum directionem iisdem relinquant, pœnam quoque illis minatur, qui iuſſus paternos ſpernunt, eorumque monita ſusque deque habent; ſed nullibi inuenitur in S. Scriptura, matrimonia liberorum propterea reſcindenda eſſe, quod absque parentum conſenſu inita fuerint. Ad dubia, quæ hic mouet Hauemann. *in Gamalog. Synopt. lib. 1. tit. 3. poſit. 2.* iam reſponſum eſt in *cit. diſp.* §. *17.*

Leges Iuſtinianeæ conſenſum parentum in liberorum (in poteſtate patria exi-

ſtentium)

ſtentium) nuptiis ſine dubio de neceſſitate exigunt, & ſic matrimonia eo deſtituta pro nullis declarant, *pr. I. de nupt.* in nuptiis emancipatorum vero conſenſus ille honeſtatis *D)* ſolummodo fuit.

Iure canonico conſenſus parentum indiſtincte de honeſtate ſaltem exigitur, ſiue liberi exiſtant in patria poteſtate, ſiue emancipati ſint. Ad textus obſtantes ex iure canonico reſponſum eſt in *dict. diſp.* §. *19*.

Quod *praxin* attinet, cum ius canonicum in cauſis matrimonialibus ex vnanimi

D) Exceptio eſt quod ad filiam emancipatam *minorennem*, quæ non primas modo, ſed ne ſecundas quidem nuptias ſine patris voluntate recte contrahit. *l. 18. l. 20. C. de Nupt.* Quamuis vero nonnulli DD. *conſilium* ſaltem, non *præceptum dd. LL.* contineri, ſeu, vt explicatius dicam, conſenſum patris ſaltem de *honeſtate*, non vero de *neceſſitate*, requiri exiſtiment, contraria tamen ſententia veritati magis conſona, cui etiam poſt laudatum nobile ICtorum par, DONELLVM & HILLIGERVM, ſubſcribit BRVNNEM. *add. l. 18. n. 2.* Add. IO. A SANDE *Deciſ. Friſ. Lib. 2. Tit. 1. Def. 3.* HVNNIVS *Var. Reſolut. Lib. 1. Tract. 3. Q. 15.*

nimi DD. confeſſione, legibus Romanis præferatur, hinc ſine dubio etiam, niſi aliud diſpoſitum inueniatur, conſenſus paternus hodie de neceſſitate non erit, ſed ex honeſtate ſolum adhibendus. Teſtantur id plurima exempla, vbi liberi, inſciis parentibus, ſeſe coniunxerunt, & a clerico quodam pontificio, vel euangelico etiam, extra prouinciam ſe copulari curauerunt, & nihilominus tamen eiusmodi nuptiæ non fuerunt diſſolutæ, aut pro nullis declaratæ. Dixi autem, *niſi aliud diſpoſitum inueniatur.* In nonnullis enim prouinciis, v. g. ſceptro Boruſſico ſubiectis, & ni fallor, in Ducatu Brunſuicenſi & Luneburgenſi, contrarium obtinet, ita, vt quamuis ipſa corporum coniunctio iam acceſſerit, declaratio nullitatis adhuc tamen fieri queat. *E)* In-

E) Vid. *Renouirte Conſtitution* **von Verlöbniß und Ehe-Sachen** *de d. 15. Dec. 1694.* ap. STRYK. *de Diſſenſ. ſponſal. p. 337. §. 9. & 15.* Quod tamen *dupliciter* limitatur, 1) in filio *ſui iuris*, qui inſciis parentibus fœminam *honeſtam* ſibi deſpondit, eamque *carnaliter cognouit*, quo caſu parentum diſſenſus, niſi prægnantibus admodum rationibus communitus, matrimonio non obeſt, 2) in liberis ſui iuris, *ad ſecunda vota transeuntibus*, in qui-

Interim, qui eiusmodi conſtitutionem in prouincia aliqua adeſſe dicit, hoc aſſertum ſuum in dubio probare tenetur, quia pro obſeruantia iuris canonici præſumtio militat. In Saxonia defectus conſenſus paterni matrimonia liberorum non reddit irrita, parentibus tamen liberos propterea exheredes ſcribere F) permittitur. Carpz. *Iurispr. Eccleſ. lib. 2. Tit. 3. Def. 54.*

DIST.

quibus parentum conſenſus non *de neceſſitate*, ſed *de honeſtate* ſaltem requiritur, *d.* CONSTITVT. §. *10.* & *12.*

F) Ad *dimidiam* legitimæ partem, *in ſolidum* vero, ſi iuſtiſſimas conſenſum denegandi cauſſas habeant parentes, aut, ſi libb. eiusmodi ſponſalia per *copulam carnalem* conſummauerint. Vid. ORD. MATRIMON. EL. SAXON. *Tit.* von Ehe-Gelöbniſſen. §. Und da ſie &c. §. Würden auch. In terris *Sceptro Boruſſico* ſubiectis *indiſtincte* nonniſi *ad dimidiam partem legitimæ* exheredatio locum habet, per *dict.* CONSTIT. von Verlöbniß und Ehe-Sachen §. *14.* Conſtitutiones aliorum locorum laudat LVCAS van de POLL *de Exheredat. & Præterit. cap. 47. §. 9. ſeqq.*

DISTINCTIO VII.

Inter Cognationem *ſpiritualem* & *ſecularem.*

Cognatio *ſpiritualis* iure decretalium inter baptizatum & compatrem, eiusque filios, & vxorem, imo inter eum & baptizati patrem atque matrem, necnon inter hos & baptizantem contrahitur. Sic quoque talis cognatio ex ſacramento confirmationis apud pontificios oritur. Concilium Tridentinum tamen hoc eatenus reſtrinxit, vt non amplius ad ſuſcipientis compatris filios & vxorem transeat cognatio, ſed ſaltem inter baptizantem & baptizatum, eiusque parentes, item inter ſuſceptorem & baptizatum, eiusque patrem & matrem, contrahatur. Verum, quia euangelici hanc cognationis ſpeciem plane non agnoſcunt, vid. Gerhard. *Loc. Theol. loc. de coniug. num.* 367. *ſeqq.* inde adlata diſtinctio nullius quoque momenti erit, & matrimonia inter iam enumeratas perſonas contracta non reſcindentur, quod fiebat iure canonico, vid. fuſe de hac materia Deſſelius *Erotem. iur. canon. lib. 4. Tit. 10. qu. 3. ſeqq.* Sanchez. *de matrimon. l. 7. Diſp. 54. ſeqq.* Quamuis vero & in *l. 26. circ. fin. C. de nupt.* matrimonium inter ſuſceptorem & ſuſceptam iam prohibitum fuerit: hoc tamen ex eadem erronea

ratione

ratione factum, quam ius canonicum habet, *quia ſcilicet per baptiſmum renaſcitur homo, & ſic cognatio aliqua exinde oritur.* vid. Deſſel. *loc. cit. qu. 2.* Et ergo dum eam pontificiorum rationem generaliter reiecimus, nec ius ciuile, nec canonicum, hac parte nos obligabit, neque video, qua ratione illi, qui contrariam iuri ciuili hic allegat conſuetudinem, probatio imponi, & quomodo adhuc ad petendam diſpenſationem adſtringi queat, qui cum ſuſcepta ſua nuptias celebrare intendit? quod putat Brunnem. *ad l. 26. C. de nupt.* conf. Berlich. *P. 4. Concl. 32. num. 24.* ius ciuile enim hac parte nunquam potuit eſſe receptum apud euangelicos. *G)*

DIST.

G) Cui ſententiæ celeberrimi DD. calculum ſuum adiiciunt. vid. CARPZ. *Arbor. Conſanguin. & Adfin. Diſp. 1. cap. 3. §. 27.* ZIEGLER. *ad Lancellott. Lib. 2. Tit. 13. §. 1.* STRVV. *S. I. C. Ex. 29. §. 40.* BRVCKNER. *Deciſ. Iur. matrimon. controuerſ. cap. 4. §. 64.* Iure prouinciali *Luneburgico* tamen hoc impedimentum inter ſuſceptorem & ſuſceptam adhuc attendi, teſtis eſt ENGELBRECHT. *ad ff. h. t. §. 6.*

DISTINCTIO VIII.

Inter Cognationem ſecularem *naturalem* ſ. ſanguinis, & *ciuilem* ſ. legalem.

Prior ex propagatione ſanguinis oritur inter perſonas, quæ vel generarunt alias, vel quæ ab eodem communi ſtipite generatæ ſunt, *& hæc perpetuum effectum habet*. *Poſterior* ex adoptione prouenit, & hæc quidem *quoad aſcendentes & deſcendentes* per adoptionem tales, *effectum perpetuum* habet, ſed inter eos, qui *a latere* per adoptionem coniuncti ſunt, ſcilicet adoptatum, & liberos naturales adoptantis, *durante ſaltem adoptione*, impedimentum matrimonii parit, *v. c. vn. X. de cogn. legal. §. 1. & 2. I. de nupt.* Deſſel. *l. 4. Tit. 12. qu. 2.* Hodie cognationem legalem plane non amplius attendi, communiter ſtatuunt, vid. Hauemann. *Gamolog. Synopt. l. 2. tit. 6. problem. 10. n. 2.* B. Stryk. *in not. ad Brunnem. ius Eccleſ. l. 2. c. 16. §. 19. verb. probibitio legalis*, qui tamen adhuc diſpenſatione opus eſſe putat. *H)*

DIST.

H) Cuius ſententia vtique præferenda, quum partim iure Canonico, (quod in cauſſis matrimonialibus, quatenus doctrinæ euangelicæ non repugnat, indubie

DISTINCTIO IX.

Inter Computationem *ciuilem* & *canonicam.*

Iuxta *ius ciuile* vna eſt generatio vnius perſonæ, vnde tot dicuntur generationes, quot ſunt perſonæ genitæ; ſed *iure canonico* vna generatio dicitur omnium filiorum, ab eodem patre procreatorum, altera eorum, qui ab his filiis geniti ſunt, *l*), &

bie ſequimur;), partim Conſtitutionibus quorundam locorum prohibitio illa iuris ciuilis diſerte repetita ac confirmata ſit. vid. *C. vn. X. de Cognat. legal.* ORDINAT. POL. MAGDEB. *cap.* 37. §. *40.* ORDINAT. ECCLESIAST. WVRTENBERG. *p.* 187. quam laudat STRYK. *Vſ. mod. ff. h. t.* §. *14.* Ceterum *alumnam* a *filia adoptiua* probe heic ſeparandam eſſe, dixi *ſupra Lib. 1. Tit. 7. ad Diſtinct. 3.*

l) Etſi duo pluresue fratres *vna generatio* dici poſſint ac debeant, *in relatione ad parentem*, neutiquam tamen *vna generatio* cenſendi, *in relatione ad ſe inuicem*; quum conclamatum ſit, eos, inter ſe conſideratos, non *vna*, ſed *duplici* generatione naſci. Longe craſſior error eſt, quod fratrum libb. *ſecundam*, fratrum nepotes

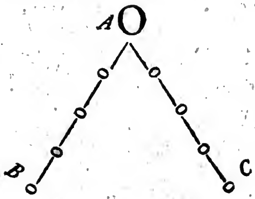
& ita deinceps tertia, quarta, & vlteriores generationes accipiuntur, germanice exprimitur accurate per vocem: Glied, das erſte, andere Glied, &c. vid. Iulius Pacius *in anal. Inſt. ad pr, tit. 6. lib. 3.*

Quoad lineam rectam nulla diuerſitas inter vtramque computationem deprehenditur, ſed ſolummodo quoad collateralem, ſiue obliquam. Fluit enim ex ante adducta deſcriptione, quod ſecundum ius ciuile tot eſſe

tertiam generationem, & ſic deinceps, conſtituant, quum ſenſus communis doceat, fratrum libb. non ab *vno*, ſed *a diuerſis* parentibus generari, proindeque *duas diuerſas generationes* heic deprehendi. conf. DN. BÖHMER. *Iur. Eccleſ. Lib. 4. Tit. 14. §. 14.* Ex quo pellucet, non adeo ſtringere argumentum AVCTORIS *Doctr. Pand. h. t. §. 9.* ab auctoritate S. paginæ petitum, nimirum, *quod Iùs canonicum per generationem omnes liberos eiusdem patris coniunctim (eodem modo, quo in ſacris dicitur, quod Deus puniat vsque ad tertiam & quartam generationem) intelligat*; nam & de iure ciuili pronepotes *tertiam*, abnepotes *quartam* generationem efficiunt, perperam tamen inde cogitur, abnepotes *inter ſe conſideratos*, quartam generationem & quartum gra-

eſſe debeant gradus, quot perſonæ in vtroque latere deprehenduntur, quia tot ſunt generationes, & quod propterea frater fratri in gradu ſecundo coniunctus ſit: e contrario autem, quod iuxta ius canonicum vtrum-

gradum conſtituere, cui errori S. Scriptura haud quaquam fauet. Exempli loco eſt o ſchema ſequens:



Heic abnepotes *B* & *C quartam* generationem & *quartum* gradum *in relatione ad ſtipitem communem A* conſtituere, indubium, & hactenus Ius canonicum Iuri ciuili examuſſim congruit; minime tamen inde conſit, quin potius ab omni ratione abhorret, B & C *inter ſe conſideratos*, itidem *quartam* generationem ac *quartum* gradum conſtituere.

vtrumque latus pro vno *K)* habetur, vnde duo fratres, ſibi e regione oppoſiti, primam conſtituunt generationem, & ſic primum quoque gradum. Quod ſi latera ſunt inæqualia, tunc longius numerandum eſt, quia hoc nouam conſtituit generationem, & ſic nouum gradum.

Sed quæritur nunc, quænam ex hiſce duabus computationibus alteri præferenda ſit in praxi? Reſp. vtramque ſuum vſum habere, ſed in diuerſis caſibus. Computatio *canonica* toties obſeruatur in praxi, quoties *de probibitione vel permiſſione matrimoniorum* quæritur, & propterea ordinationes eccleſiaſticæ, de gradibus conſanguinitatis loquentes, hanc computationem indigitaſſe intelliguntur. Verum enim vero in *materia ſucceſſionis* computatio *ciuilis* communiter obſeruatur. Idem obtinet in aliis

K) Cuius rei abſonam Pontifex rationem adfert in *C. 2. Cauſſ. 35. Q. 5. Quia nuptiæ ſine duabus non valent fieri perſonis, ideo ſacri Canones duas in vno gradu conſtituere perſonas.* Vera huius inſtituti ratio hæc eſt, vt contrahendo & coarctando gradum, prohibitio latius extendatur, atque adeo ex diſpenſationibus ærarium papale tanto vberiores capiat fructus, prout rectiſſime differit DN. de BERGER *in not. ad Lancellott. p. 139.*

aliis cauſis ciuilibus, v. g. *in immunitate a teſtimonio dicendo*, quando nempe in *l. 4. ff. de teſt.* dicitur, neminem vsque ad *ſextum* gradum incluſiue compelli poſſe, vt inuitus teſtimonium dicat. Item: *in mandato præſumto*, quando ſcilicet quæritur, ad quem vsque gradum inter cognatos tale mandatum præſumatur? vbi in *l. 35. pr. ff. de Procur.* fratrum ſaltem fit mentio, & ſic illa præſumtio in *ſecundo* ſaltem gradu lineæ collateralis locum inuenit. Plura adducere ſuperfluum foret, ſufficere enim poteſt regula generalis: *In omnibus cauſis, præter matrimoniales, computationem iuris ciuilis locum habere. L)*

LIB. XXIII. TIT. III.

De Iure Dotium.

DISTINCTIO I.

Inter Dotem *veram* & *putatiuam.*

Veræ & putatiuæ dotis appellationes a principali, cui accedit dos, matrimonio

L) Excipitur crimen *inceſtus*, in quo pariter *computatio Canonica* obtinet. vid. CONSTIT. SAX. 22. 23. 24. *part. 4.*

vtrumque latus pro vno *K)* habetur, vnde duo fratres, ſibi e regione oppoſiti, primam conſtituunt generationem, & ſic primum quoque gradum. Quod ſi latera ſunt inæqualia, tunc longius numerandum eſt, quia hoc nouam conſtituit generationem, & ſic nouum gradum.

Sed quæritur nunc, quænam ex hiſce duabus computationibus alteri præferenda ſit in praxi? Reſp. vtramque ſuum vſum habere, ſed in diuerſis caſibus. Computatio *canonica* toties obſeruatur in praxi, quoties *de prohibitione vel permiſſione matrimoniorum* quæritur, & propterea ordinationes eccleſiaſticæ, de gradibus conſanguinitatis loquentes, hanc computationem indigitaſſe intelliguntur. Verum enim vero in *materia ſucceſſionis* computatio *ciuilis* communiter obſeruatur. Idem obtinet in aliis

K) Cuius rei abſonam Pontifex rationem adfert in *C. 2. Cauſſ. 35. Q. 5. Quia nuptiæ ſine duabus non valent fieri perſonis, ideo ſacri Canones duas in vno gradu conſtituere perſonas.* Vera huius inſtituti ratio hæc eſt, vt contrahendo & coarctando gradum, prohibitio latius extendatur, atque adeo ex diſpenſationibus ærarium papale tanto vberiores capiat fructus, prout rectiſſime differit DN. de BERGER *in not. ad Lancellott. p. 139.*

aliis cauſis ciuilibus, v. g. *in immunitate a teſtimonio dicendo*, quando nempe in *l. 4. ff. de teſt.* dicitur, neminem vsque ad *ſextum* gradum incluſiue compelli poſſe, vt inuitus teſtimonium dicat. Item: *in mandato præſumto*, quando ſcilicet quæritur, ad quem vsque gradum inter cognatos tale mandatum præſumatur? vbi in *l. 35. pr. ff. de Procur.* fratrum ſaltem fit mentio, & ſic illa præſumtio in *ſecundo* ſaltem gradu lineæ collateralis locum inuenit. Plura adducere ſuperfluum foret, ſufficere enim poteſt regula generalis: *In omnibus cauſis, præter matrimoniales, computationem iuris ciuilis locum habere. L)*

LIB. XXIII. TIT. III.

De Iure Dotium.

DISTINCTIO I.

Inter Dotem *veram* & *putatiuam*.

Veræ & putatiuæ dotis appellationes a principali, cui accedit dos, matrimonio

L) Excipitur crimen *inceſtus*, in quo pariter *computatio Canonica* obtinet. vid. CONSTIT. SAX. *22. 23. 24. part. 4.*

monio ſcilicet, deſumtæ ſunt. Quod ſi enim matrimonium verum eſt, dos quoque idem prædicatum meretur: ſin illud putatiuum, hæc quoque putatiuæ nomen habet. Per matrimonium putatiuum autem communiter illud intelligunt, quod quidem contra legum diſpoſitionem, ex ignorantia facti tamen celebratum eſt, v. g. ſi frater & ſoror in tenella ætate ab hoſtibus in diuerſa loca abducantur, & poſtmodum, vinculi conſanguinitatis ignari, ſeſe coniungant. Hæc quoad explicationem ipſorum terminorum. Quantum vero ad vſum fori attinet, inter dotem veram & putatiuam exigua, vel potius nulla, intercedere videtur differentia. Quamdiu enim dos putatiua manet, id eſt, quamdiu partes contrahentes in ignorantia ſua perſiſtunt, iisdem priuilegiis & iuribus gaudet, quæ de dote vera vnquam prædicari poſſunt. *A)* Quod ſi

A) Ergo & iure hypothecæ tacitæ cum priuilegio antelationis gaudet. CARD. MANTICA *de Tacit. & ambig. conuent. Vol. 1. Lib. 11. Tit. 26. n. 27.* ANDR. TIRAQVELL. *de Legib. connubial. Gloſſ. 8. n. 253.* NEGVSANT. *de Pignor. part. 2. Membr. 4. n. 104. ſeq.* Diſſentit B. HERTIVS *Diſp. de Matrimon. putatiu. §. 37.* quum in *l. 22. §. f. ff. ſolut. matrim.* & *l. 17. §. 1. ff. de Reb. auctor. Iud. poſſid.*

ſi vero ignorantiam illam exuunt coniuges, tunc quidem omnia eius iura ceſſant, *l. 3. ff. h. t.* ſed tunc quoque non amplius eſt dos putatiua. Non melius videtur hæc res illuſtrari poſſe, quam per diſtinctionem alias inter verum dominum & b. f. poſſeſſorem vſitatam. Nam dicitur, bonam fidem tantundem præſtare poſſidenti, quantum veritas præſtat, *B) l. 136. ff. de R. I.* ſed hoc ſta-

poſſid. tantum *perſonale priuilegium* ante creditores chirographarios vxori putatiuæ tribuatur. Sed nihil muto. Conſtat enim ex *l. Adſiduis. 12. C. Qui pot. in pign.* ante Iuſtinianum omnibus vxoribus nil niſi *perſonale* priuilegium competiiſſe, id quod in *d. l. 12.* verſum in *reale.* Quum ergo Imp. ſaltem *qualitatem priuilegii* mutauerit, recte ab illo priuilegio perſonali veteri illatio fit ad reale, hactenus, vt quibus caſibus veteri iure vxores vſæ priuilegio perſonali, iisdem poſt hanc Iuſtiniani Conſtitutionem, vtantur priuilegio reali. Ergo & vxor putatiua, quæ olim gaudebat priuilegio perſonali, hodie poſt illam Conſtitutionem gaudebit reali. Add. BACHOV. *ad Treutler. Vol. 2. Diſp. 24. th. 7. lit. B.* & in *Tr. de Pignor. & Hypothec. Lib. 4. cap. 13. n. 3.*

B) h. e. quantum ipſum dominium præſtat vero domino.

ſtatim ceſſat, quando illa bona fides deſinit. Eodem modo comparatum eſt, ſi partes bona fide, id eſt, per ignorantiam facti, matrimonium in gradu prohibito contrahunt.

DISTINCTIO II.
Inter Dotem *conſtitutam* & *promiſſam*.

Dotem promiſſam non proprie dotem eſſe, adſtruit Lauterb. *Comp. iur. h. t.* & in eam rem allegat *l. 5. in fin. ff. ſolut. matrim. l. 13. §. 2. ff. de fund. dot.* addita ratione, *quod dos per rei traditionem conſtituatur.* Sed ſi euoluuntur iſtæ leges, ne minimum quidem in illis deprehenditur, quo Lauterbachii ſententia ſtabiliri poſſit. Ipſe quoque fatetur, in pactis & ſtatutis dotem promiſſam etiam ſub nomine dotis venire, & ſic v. g. maritum in Saxonia æque lucrari dotem promiſſam *C)* quam conſtitutam, &c. Si dicendum, quod res eſt, dos conſtituta & promiſſa non aliter differre videntur, quam prout ſupra *ad tit. de Contrab. Emt.* de diſtinctione *inter emtionem perfectam & conſummatam*, diximus, ſcilicet, quod dos promiſſa ius perſonale ſaltem marito tribuat, & ſic ille rem, penes tertium exi-

C) adde: in *re mobili* conſiſtentem.

exiſtentem, iure proprio vindicare nondum poſſit, quod tamen ipſi conceditur, ſi dos eſt conſtituta, id eſt, per traditionem conſummata.

DISTINCTIO III.

Inter Dotem *profectitiam* & *aduentitiam.*

Profectitia vocatur, quæ a mulieris patre, ac alio in linea paterna adſcendente, conſtituta, ſine diſtinctione, an conſtituens mulierem in ſua poteſtate habeat, annon, *l. 5. §. 11. ff. b. t.* *Aduentitia* autem eſt, quæ a matre mulieris, vel auo materno, aut a quouis alio, data, v. Struu. *S. I. C. Ex. 30. th. 4.* & huc etiam pertinet, ſi pater, cum deberet filiæ, (emancipatæ, e. g. ex contractu,) eius voluntate dedit, non enim vt parens dedit, *v. d. l. 5. §. 11. ff. b. t.* Interim vſum huius diſtinctionis in praxi non deprehendo, cum marito idem ius competat, & vxori etiam eadem vbique priuilegia, ſiue dos profectitia fuerit, ſiue aduentitia.

DISTINCTIO IV.

Inter Bona *dotalia*, *parapbernalia* & *receptitia.*

Hæc diſtinctio, ſi vnquam alia, maximum vſum in praxi habet, qui partim

intuitu vxoris, partim etiam *intuitu mariti*, ſe exerit.

Vxor quoad *dotalia* non ſolum gaudet iure tacitæ hypothecæ, ſed iure prælationis etiam, vi cuius omnibus creditoribus, expreſſam licet antiquiorem hypothecam habentibus, in concurſu, ſuper mariti bonis moto, præponitur, *l. aſſiduis. 12. C. Qui pot. in pign.* (in Saxonia hoc ſaltem in hypotheca priori *tacita* procedit, *D)* Brunnem. *de Proc. Conc. Credit. c. 5. §. 27.)* In *paraphernalibus* tacita ſaltem hypotheca gaudet, *E)* a tempore commiſſionis & illationis æſtimanda, Carpzou. *P. 1. Conſt. 28. Def. 86. ſeqq.* (Iure Magdeburgico dotalia &

D) Imo *hodie* in *Electoratu Saxoniæ* neque *tacita hypotheca*, neque *iure prælationis* amplius vxor gaudet. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 43. & Tit. 45. §. 4.* conf. *not. ſupr. Lib. 20. Tit. 1. ad Diſtinct. 1. lit. A.* In Terris *Boruſſicis* vero AVCTORIS adſertio valet. Kön. Pr. *Hypoth.* und *Concurs*-Ordn. *§. 153.*

E) In *Electoratu Saxoniæ* hæc tacita hypotheca ceſſat; Conf. *not. ſupr. Libr. 20. Tit. 1. ad Diſtinct. 1.* & ſi vxor iure reali in bonis mariti perfrui vult, *iudiciali ſpeciali hypotheca* ſibi conſulat, neceſſe eſt. vid. ORDIN. PROC. RECOGN. *Tit. 45. §. 4.*

& paraphernalia iisdem gaudent priuilegiis, *F)* Martini *ad Proceſſ. Saxon. tit.* 43. §. 2. *n.* 12.) Verum quoad *receptitia* plus iuris vxori non competit, quam aliis creditoribus, vnde ſi vxor ex pecunia ſua receptitia certam quantitatem marito mutuo dedit, ad claſſem chirographariorum refertur, ſi de hypotheca ſibi non proſpexit, prout contra Richterum *de priuil. Cred. c.* 3. *ſect.* 1. *n.* 111. adſtruit Illuſtr. Stryk. *in not. ad B. Brunneman. Proc. Conc. cred. cap.* 5. §. 33. *verb. obliget.*

Sed quid, ſi maritus adminiſtrationem bonorum receptitiorum de facto ſibi arroget, atque hoc nomine deinde vxoris ſuæ debitor euadat, quæritur: *annon tunc quoque tacitam hypothecam in bonis mariti habeat?* Affirmat quæſtionem Brunneman. *d. c.* 5. §. 33. ex ea cauſa, *quod nulla appareat ratio, cur non etiam receptitiorum bonorum adminiſtratio, ſi ea vxor non commi-* *ſerit,*

F) Hoc tamen ſeruato diſcrimine, quod vxor in bonis *dotalibus* a tempore benedictionis ſacerdotalis, in *paraphernalibus* vero a tempore *illationis*, priuilegio prælationis gaudeat. Magdebl. Proc. Ordn. *cap.* 49. §. 24. Cui, etiam quoad reliquas terras, *Sceptro Boruſſico* ſubiectas, conſonant Kön. Pr. *Hypoth.* und *Concurs*-Ordn. §. 153.

ſerit, obliget; Verum ex illis, quæ ipſe beatus vir *d. c. 5.* §. *52.* habet, *ibi: videntur tamen, id ſine textu facere*, & quæ nos ſupra ad diſtinctionem, inter hypothecam tacitam & expreſſam, diximus, quod nempe in hac materia ab identitate rationis & æquitatis argumentari non liceat; ſententia contraria ſine dubio maius pondus habebit, cui etiam adſtipulari videtur Carpzou. *P. 2. C. 24. def. 4.* ab ipſo Brunnemanno allegatus.

Hæc, quæ adduximus, de eo caſu intelligenda ſunt, ſi res vxoris *iam ſunt conſumtæ;* quod ſi vero *eædem adhuc extant*, tunc vxor indiſtincte illas vindicat, ſiue ſint dotales, ſiue paraphernales, ſiue receptitiæ, Brunnem. *d. c. 5.* §. *6. & 33.*

Obſeruandum quoque eſt, quod in eo bona dotalia paraphernalibus præualeant, quia dotalitium & donatio propter nuptias tanquam correlatum *bonorum dotalium* conſiderantur; at licet vxoris *paraphernalia* quam maxima ſint, propterea tamen commodo aliquo reciproco non gaudent.

Quantum *ad maritum* attinet, is *bona dotalia*, ſi conſtante matrimonio eorum poſſeſſio penes tertium deprehendatur, *vindicare* poteſt, tanquam dominus: at *paraphernalia* & *receptitia* non poteſt. Ceterum tamen, quoad perceptionem emolumen-

mentorum, inter bona dotalia & paraphernalia nihil omnino intereſt. *G)* Num maritus ex dotalibus etiam *ordinaria* ſaltem emolumenta percipit, quippe quæ fructuum nomine proprie veniunt, non autem extraordinaria, v. g. theſaurum, lapidicinam, &c. *v. l.7. §.12. 13. ff. ſolut. matrim.* vnde mariti dominium in rebus dotalibus re vera ab vſufructu non differt, niſi *quoad facultatem vindicandi, H)* qua vſufructuarius deſtituitur,

G) Ita de iure *Saxonico.* Aliud de iure *ciuili* dicendum, de quo vid. not. *ſupr. Lib.7. Tit.1. ad diſtinct. 2. lit. A.*

H) Imo plures ſuppetunt differentiæ: 1) Vſufructuarius rei immobilis a præſtatione cautionis in iudicio, non eſt immunis, *L. 15. §. 1. ff. Qui ſatisdar. cog.* aliud in *marito*, rem dotalem *immobilem* poſſidente. *d. l. 15. §. 3.* 2) Vſufructuarius *ante perceptionem fructuum* decedens, nihil ad heredes ſuos transmittit *§. 36. I. de R. D.* quod ſecus in *marito*, cuius heredes, fructus vltimi anni *pro rata temporis*, cum vidua partiuntur. *L.7. §.1. ff. ſolut. matrim.* 3) Vſufructuarius fundo vſufructuario ſeruitutem adquirere nequit, *L.15. §.7. ff. de Vſufr.* bene vero *maritus*, *arg. d. L.* MANZ. *de Seruitut. n. 200.*

tuitur, quod ipſum in cauſa fuiſſe puto, quare DD. illud dominium ab omnibus aliis ſeparauerint, & *ciuilis* nomine inſigniuerint.

Porro ſi vxor intuitu bonorum dotalium conuenitur, maritus ſolus *proprio nomine* actionem ſuſcipit, & abſurdum adeo eſſet, ſi ille, quod nonnulli imperiti faciunt, curatorio nomine ſeſe ſubſcribere vellet. At in paraphernalibus & receptitiis non aliter, niſi *curatorio nomine* admittitur, ſed tamen cum hac iterum differentia, quod in paraphernalibus ad mandatum, vel potius curatorium, producendum, non ſit obſtrictus, quia hic autoritatem ſuam immediate ex legis diſpoſitione habet, quod in receptitiis ſecus eſt, quamuis & hic propter præſumtionem, pro ipſo militantem, cum cautione de rato admittatur, *l. 21. C. de Procur. I)*

Bona

I) In *Electoratu Saxoniæ* olim *indiſtincte* neque de *paraphernalibus*, neque de *receptitiis* vxoris bonis, maritus in iudicio experiri poterat, niſi vel *curatorio exhibito*, vel *cautione rati* præſtita. NICOL. *in proc. part. 1. cap. 7. n. 38. Hodie* vero maritus pro vxore, in actibus, *ſpeciale mandatum haud requirentibus*, neglecta diſtinctione inter bona dotalia, paraphernalia,

Bona *dotalia immobilia* maritus ne quidem conſentiente vxore, alienare poteſt, *pr. I. quib. alien. lic. vel non*, at *paraphernalia* poteſt, mandante ſcilicet & conſentiente vxore, non nomine proprio, quia non eſt dominus. Moribus Saxonicis etiam dotalia recte alienantur, accedente mulieris eiusque curatoris conſenſu, interueniente etiam cauſæ cognitione, & decreto magiſtratus, *K)* Richter. *de ſucceſſ. ſect. 4. membr. 2. n. 10. ſeqq.* Struu. *Exerc. 30. th. 22.* Extra Saxoniam, in plerisque Germaniæ locis, dotalia itidem hodie alienari poſſe, aſſerit ad Schilterum prouocans Hoppius *in Comm. ad pr. I. quib. alien. licet. in vſu mod.* ſed neſcio, an huic aſſerto in dubio fides tuto adhiberi poſſit, cum dotium idem adhuc ſit fauor, qui olim erat. Illud interim expeditum eſſe dicunt, alienationem validam eſſe, ſi vxor in eam iurato conſen-

nalia, ac receptitia, citra cautionem ſemper admittitur. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 8. §. 1.*

K) In *Electoratu Saxoniæ* neque cauſſæ cognitionem, neque decretum magiſtratus requiri, luculentus teſtis eſt CARPZOV. *Lib. 5. Tit. 5. Reſp. 42. n. 15. ſeqq.* Add. NÆVIVS *de Iur. Coniug. cap.* 7. §. 47.

ſenſerit, v. Struu. *d. Ex. 30. th. 21.* ſed non adeo recte. *L)*

Reſtat, vt diſpiciamus, *quid in dubio præſumendum ſit, vtrum ſcilicet bona vxoris pro dotalibus, paraphernalibus, an vero pro receptitiis haberi debeant?* communis & in foro recepta regula eſt: *Bona marito allata in dubio haberi pro paraphernalibus, non dotalibus, neque etiam pro receptitiis.* Ergo, ſi maritus aſſerit, quædam ex illis eſſe dotalia; vxor contra, quædam eſſe receptitia, aſſertionis huius probatio & marito & vxori incumbit, pro diuerſitate caſuum. Scrupulos, quos hic mouet Dn. Beyer. *poſ. ff. h. t. p. 544.* facile remoueri poſſe puto. Autoritatem ſiquidem Hartmanni Piſtoris, Antonii Fabri, & Carpzouii, *quoad ea, quæ tempore nuptiarum ab vxore adferuntur:* Schilteri etiam eorum intuitu, *quæ poſt matrimonium contractum vxori cedunt,* iam ſequeſtrare poſſumus, ſalua alias eorum autoritate. Interim poſtquam ius Romanum in materia dotium ſemel receptum fuit, (vtrum bene, an male, ad nos in præſenti non pertinet,) dotis conſtitutio autem peculia-

L) Quoniam L. *probibitiua* heic adeſt, cui *renuntiari nequit.* vid. B. AVCTOR *Diſp. de Brocard. Omne iuramentum, quod citra diſpend. ætern. ſalutis ſeruari poteſt,* cetera, §. 26.

culiarem contractum requirit, qui nunquam præſumitur, ſed in mero facto conſiſtens, ab allegante probari debet; hinc ſine dubio etiam maritus dotem ſibi conſtitutam eſſe aſſerens, hoc probare obſtrictus erit, Wiſſenbach. *ad ff. h. t. th. 14.* Qualitas bonorum paraphernalium e contrario vt probetur, neceſſitas non requirit. Eo ipſo enim, dum vxor bona quædam marito adfert, & lex immediate, ſine aliqua conuentione, eidem adminiſtrationem concedit, maritus iam fundatam intentionem habet. Qualitas receptitiorum der Spille= (non Spiele) Gelder, (a voce Spill, ſiue Spindel,) itidem ex peculiari conuentione dependet, & ſic probanda.

Ceterum quando iure Saxonico dicitur, maritum eſſe heredem mobiliarem vxoris, nulla eſt differentia, ſiue bona ſint dotalia, ſiue paraphernalia, ſiue receptitia.

DISTINCTIO V.

Inter *Donationem propter nuptias* & *Dotalitium.*

Non reperi quidem, quantitatem alterutrius vllibi in legibus determinatam, ſed hoc potius beneplacito contrahentium relinquitur; interim tamen moribus communiter fere introductum eſt, *quod do-*

talitium donationem propter nuptias alterò tanto ſuperet. Hinc donatio propter nuptias communiter *duplicatas* dotis vſuras continet, ſed in dotalitio tot reditus vxori adſignantur, quæ *quadruplicatas* dotis vſuras exæquant; vnde ſi vxor 4000. thal. infert, dotalitii loco ipſi tantæ vſuræ adiudicantur, quæ alias ex ſorte 16000. thal. percipiuntur, eine Frau, die 4000. Rthlr. einbringet, wird auf 16000. verleibdinget, & per conſequens 20. pro 100. ſoluuntur. Hartm. Piſtor. *p. 1. q. 4. num. 1.* Carpzou. *p. 2. c. 42. def. 2.* Henel. *de dotalit. c. 6. §. 10.* Illuſtr. Dn. Stryk. *caut. contr. ſect. 3. c. 8. §. 34. & in tr. de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 4. c. 2. §. 15.*

In *donatione propter nuptias* vxor ſæpius proprietatem *M)* conſequitur mortuo marito, ſed in *dotalitio* vſumfructum ſolummodo,

M) Vbi ſcilicet *conſuetudo* ita fert; de iure *communi* enim ſoluto matrimonio, vidua recipit dotem, *donatio P. N.* vero *ad mariti* heredes reuertitur, *l. 18. C. de donat. ante nupt.* ib. BRUNNEM. *n. 1. C. 8. X. de donat. inter Vir. & vxor.* BACHOV. *ad Treutl. Vol. 2. Diſp. 19. th. 8. lit. B.* RITTERSHUS. *Expoſ. Nouell. p. 5. cap. 14. n. 7.* FRANZK. *de Laudem. cap. 22. n. 69.* CARPZ. *Jpr. for. part. 2. Conſt. 42. def. 1.*

modo, vnde de hoc diſponere ipſi non eſt permiſſum, bene tamen de illa.

Donatio propter nuptias fit in remunerationem: *N) dotalitium* autem in compenſatio-

N) Conſuetudines ac *ſtatuta* locorum, nec non *pacta dotalia*, vtramque heic faciunt paginam. Quin & de iure *communi*, vbicunque *dos* ex lege, vel pacto, *mariti lucro* cedit, etiam donationem P. N. *lucro vxoris* cedere, facile largior. vid. STEPHAN. *ad Nouell. 22. n. 58. & ad Nou. 97. n. 4. ſeqq.* Extra hos caſus in alia omnia eundum cenſeo, nimirum, hanc donationem non in *remunerationem*, ſed in *ſecuritatem* dotis conſtitui, vt mulieri magis cautum ſit de dote recuperanda, ſi forte maritus illam conſumſerit. STEPHAN. *ad Nou. 61. n. 8.* CARPZOV. *lib. 6. Tit. 1. Reſp. 5. n. 3.* Neque hanc ſententiam infringit illud, quod AVCTOR *Doctr. Pand. h. tit. §. 10.* adfert argumentum, *quod donatio P. N. nullum hac ratione habeat effectum, quoniam vxor iam ſine illa, tacitam hypothecam cum iure prælationis in bonis mariti præ aliis creditoribus habet.* Reſp. hanc cautionem *pleniorem* eſſe hypotheca generali, qua vxor in bonis mariti gaudet, huic enim *renuntiare* poteſt, *l. 21. C. Ad SCt. Vellei.* res vero *immobiles*

pro

ſationem dotis, vnde hoc abſorbet dotem, non autem illa.

Intuitu *donationis propter nuptias* vxor tacita gaudet hypotheca, *l. 12. §. 2. C. qui pot. in pign.* (vbi ratio diuerſitatis *O)* inter dotem & donationem p. n. adducitur) aſt *dotalitium*, quia dotem abſorbet, & ſic in locum dotis ſurrogatur, eodem gaudet priuilegio, quod doti competit, v. Meu. *p. 1. deciſ. 173.*

Poſſes denique & hoc addere, quod *donatio p. n.* communiter ab hominibus ciuici ordinis, *dotalitium* autem a nobilibus & illuſtribus conſtituatur: verum hoc vniuerſale non eſt.

LIB.

propter nuptias *donatæ* ne *conſentiente* quidem muliere, a marito *alienari*, aut *oppignorari* poſſunt, niſi *poſt biennium* vxor *conſenſum repetierit*, & *ex aliis mariti bonis* ei *ſatisfieri* poſſit. *Nou. 61. Vid.* BACHOV. *ad §. 3. I. de Donat. n. 4.* LAVTERBACH. *Diſp. de Donat. propt. nupt. §. 56. ſeqq.* SCHILTER. *Prax. Iur. Roman. Exerc. 36. §. 86.*

O) Quæ *hæc* eſt, quod in *dotis repetitione* mulier certet de *damno vitando*, in *donatione P. N.* autem de *lucro captando*, vnde heic nullus iuri prælationis locus, vt in dote.

LIB. XXIII. TIT. IV.

De Pactis Dotalibus.

DISTINCTIO I.

Inter Pacta dotalia *per modum contractus* (*ſimplicia*) & *per modum vltimæ voluntatis* facta (*mixta.*)

Priora non requirunt teſtes, niſi ad meliorem probationem, inſtar aliarum conuentionum, in *poſterioribus* autem quinque teſtes *A)* neceſſario præſentes eſſe debent, ita, vt iis deficientibus, actus ipſo iure nullus habeatur, *v. l. ſ. ff. de iur. dot. l. f. C. de mort. cauſ. donat.*

Priora ſunt irreuocabilia, *poſteriora* autem pro lubitu, tam a marito, quam ab vxore, mutari poſſunt. Vnde caute agit maritus, cui vxor magnam bonorum ſuorum partem adſignat, ſi pacta dotalia per modum

A) Neceſſe tamen non eſt, vt teſtes ſint *rogati* ſpeciatim, ac omnes ſimul *vno eodemque tempore* adhibeantur; quoniam hæc pacta, licet *in vim vltimæ voluntatis* valeant, non tamen reuera vltimam voluntatem inuoluunt. B. STRYK. *de Succeſſ. ab inteſtat. Diſſ. 8. cap. 5. §. 8.*

dum contractus celebrari curat, v. Kohl. *de Pact. dot. p. 1. n. 1. ſeqq.*

Ne tamen putes, ſtatim eſſe pacta dotalia per modum vltimæ voluntatis confecta, vbi quinque teſtes præſentes fuerunt, ſed reſpiciendum præterea quam maxime ad formalia, quibus paciſcentes vſi fuerunt. Quod ſi enim dixerint, v. g. es ſoll der überlebende Ehegatte alle Güter behalten, haben, bekommen, hinnehmen, &c. tunc erunt pacta *ſimplicia*; quod ſi dixerunt: erben, *B)* ſuccediren, ſunt *mixta* pacta, Illuſtr. Dn. Stryk.

B) Aliud dicendum de phraſi: **Erblich behalten**, e. g. ſi in pactis dotalibus ſcriptum ſit: Es ſoll der überlebende Ehegatte des Verſtorbenen Güter erblich behalten, tunc enim pacta ſunt *ſimplicia*, quoniam vox **Erblich** non ſemper ad modum deuolutæ ſucceſſionis pertinet, ac ſi *hereditario iure* bona adquirantur, ſed denotat, quod alter bona hæc non tantum pro ſe, verum & pro heredibus ſuis, retinere debeat, perinde vt in contractibus dicitur: Es werde ihm das Hauß erblich verkaufft. B. STRYK. *d. l.* §. 22. Add. BESOLD. *Theſaur. pract. lit. E. n. 52.* vbi vocem **Erblich** non a ſubſtantiuo der **Erbe**, ſed a neutro das **Erbe**, (allodium, prædia propria) deriuandam eſſe monet.

Stryk. *Caut. contr. ſect. 3. c. 8. §. 21.* Vocabula ſcilicet nonnulla naturam actuum inter viuos, nonnulla vltimarum voluntatum indolem magis exprimunt, quæ propterea ſollicite ſeligenda.

LIB. XXIV. TIT. II.

De Diuortiis & Repudiis.

DISTINCTIO I.

Inter *Diuortium* & *Repudium*.

Quamuis vocabulum *repudii* non abſurde etiam in perſonam vxoris cadat, iuxta *l. 101. §. 1. ff. de V. S.* proprie tamen de eo caſu accipitur, quando *futurum matrimonium* repudiatur: id eſt, quando deſponſati a contractu ſponſalitio iterum recedunt: *diuortium* vero ad coniuges pertinet, exinde dictum, quia in diuerſas partes eunt coniuges, qui diſcedunt, *v. d. l. 101. §. 1. & l. 191. ff. de V. S.*

Vſus in eo conſiſtit, ne de terminis litigemus. *Repudium* ex diuerſis cauſis conceditur, quoties ſcilicet iudex ex circumſtantiis deprehendit, fundamentum matrimonii,

monii, amorem ſcilicet infucatum, non adeſſe in deſponſatis, neque eundem omnibus ſuaſionibus adhibitis, iterum reſtaurari poſſe, quo pertinent inimicitiæ capitales, deformitas inſignis ſuperueniens, item ſi ſponſa reſciſcat, ſponſum antea lue gallica infectum fuiſſe, vel adhuc infectum eſſe, &c. conf. Meuius *P. 6. Dec. 225. & 226.* Non ita vero, poſtquam conſummatio matrimonii, ipſa vnitas carnis, acceſſit. Tunc enim *diuortium* non niſi ex duabus cauſis permittitur, propter adulterium ſcilicet atque malitioſam deſertionem, v. *Matth. 5. v. 32. & c. 19. v. 9. 1 Corinth. 7. v. 11.* Scio quidem adhuc disceptare DD. vtrum ſub voce: *πορνεία*, qua vtitur Chriſtus, ſolum delictum concubitus illiciti intelligatur, & annon per illam vocem etiam alia delicta maiora indigitentur, quæ alias in S. Scriptura ſub voce fornicationis venire ſolent, v. Selden. *Vxor Hebraic. l. 3. c. 28. & 31.* Weſenb. *Parat. ff. h. t. num. 11.* Scio etiam, nonnullos ex noſtratibus, & in ſpecie Strauchium *inſtit. iur. publ. lib. 1. tit. 35.* ſtatuiſſe, quod adhuc hodie Principes plures, quam duas illas diuortiorum cauſas, permittere poſſint, *A)* neque

A) Pro qua ſententia fuſe & ſolide propugnant B. BRVCKNER. *Deciſ. Iur. matrimon. controuerſ. part. 2. cap. 16.* DN. BÖHMER

neque eam ſententiam infringere conabor; ſed ſcio tamen, illud hactenus factum non eſſe, me autem in præſenti illud ſolum adferre debere, quod iam actu in praxi obtinet.

DISTINCTIO II.

Inter *Diuortium* & *Declarationem Nullitatis*.

D*iuortium* ſupponit, matrimonium *ab initio validum* fuiſſe, & illud ex cauſa *ſuperueniente* ſolum reſcindi, & hoc non obtinet, niſi in duobus caſibus modo adlatis: Aſt *in declaratione nullitatis* ne quidem ab initio validitas adfuit, ſed vitium, conſenſum matrimonialem *ſtatim* impediens, v. g. metus, dolus, (quo etiam errorem in virginitate refero,) impotentia, &c. Et quoad hanc declarationem matrimonium nihil peculiare præ reliquis contractibus habet, ſed quæ his obſtant, ea quoque illud annullare ſolent, v. Weſenb. *Parat. ff. h. t. in fin.*

Vſus præcipue in hoc conſiſtit: Si diuortium adeſt, & quidem propter adulterium,

MER *Diſp. de Iure Principis Euangel. circa diuortia.* Add. L. B. de LYNCKER *Cent. 4. Dec. 328.*

rium, *B)* maritus dotem lucratur: ſi nullum declaratur, v. g. propter errorem in virginitate, tunc nihil lucratur, v. Carpz. *Ipr. Conſiſt. l. 2. Def. 199.*

NOVA DISTINCTIO.
Inter Nullitatem Matrimonii *abſolutam* & *reſpectiuam*.

Vſus huius diſtinctionis eſt inſignis. Quum *abſoluta* nullitas adeſt, neque volentibus partibus vlterior cohabitatio permittitur, e. g. ſi contra prohibitionem L. diuinæ nuptiæ contractæ. Contra ob *reſpectiuam* nullitatem prætenſum eiusmodi matrimonium nullum declaratur, *ſi altera pars hoc vrgeat*, ſin ſecus, matrimonium ſuſtinetur, *perinde ac ſi ab initio legitime eſſet contractum*, quorſum ſpectat, ſi quis dolo vel metu ad matrimonium contrahendum inductus, ſi error circa ſubſtantialia concurrat, cetera. Quæ omnia fuſe ſolideque perſequitur B. STRYK. *de Diſſenſ. ſponſalit. Sect. 5. §. 13. ſeqq.*

LIB.

B) Idem obtinet, ſi ob *deſertionem malitioſam* diuortium concedatur. B. STRYK. *de Diſſenſ. ſponſal. ſect. 6. §. 49.* B. TITIVS Kirchen-Recht *lib. 5. cap. 6. §. 21. ſqq.*

LIB. XXV. TIT. I.

De Impenſis in Res Dotales factis.

DISTINCTIO I.

Inter Impenſas *neceſſarias*, *vtiles*, *voluptuarias*, & *delicatas*.

Impenſæ *neceſſariæ* (ita dictæ, quod ad conſeruationem rei neceſſario requirantur, & quod ſine iis res periiſſet, *v. l. 1. ſeqq. ff. de impenſ. in res dot. fact.*) cuilibet poſſeſſori reſtituuntur, ſiue in b. ſiue in m. f. conſtitutus, *A) l. 38. ff. de hered. petit.* Ne quidem *prædonem* in *d. l.* excipit Paulus. *B)* Interim cum non pauca loca ſint, quæ contra-

A) Excipe *m. f. poſſeſſorem qualificatum*, ſeu, vti alii DD. loquuntur, *improbiſſimum*, h. e. *furem*, *raptorem*, *violentum inuaſorem*, qui nec *neceſſarias* impenſas repetere poteſt. Vid. AVCTOR *Doctr. Pand. Tit. de Her. pet. §. f.*

B) Etſi prædo interdum a *ſimplici* m. f. poſſeſſore ſeparetur; in *d. l. 38.* tamen hæc vocabula *promiſcue*, ni fallor, capiuntur. Conf. GOTHOFRED. *ad d. l. 38.*

trariam aſſerere videntur, vt §. *30. I. de R. D. l. 7. §. pen. ff. de A. R. D.* Interpretes eo confugiunt, vt ea de iure ſtricto, citatam *l. 38.* autem de æquitate intelligant, moti verbis ipſius Pauli: *Prædo autem de ſe queri debeat, qui ſciens in rem alienam impendit. Sed benignius eſt, in huius quoque perſona haberi rationem impenſarum*, v. quæ fuſe hic adducit Dion. Gothofred. *in not. ad d. l. 38.* (confer iam *Doctrin. ff. tit. de hered. petit. §. VII.*) Diſtinctionem Coſtæ *de iur. & fact. ignor. diſtinct. 34. num. 22. vtrum m. f. poſſeſſor in opus iam exiſtens aliquid impenderit, an vero opus plane nouum adgreſſus fuerit*, apud Brunnem. *Comm. ad d. l. 38. num. 1.* nulli fundamento ſuperſtructam eſſe *C)* cenſemus, mala enim fides vtroque

C) Mihi vero hæc diſtinctio fundamento non videtur deſtituta, partim quod *l. 38. ff. de Hered. Pet.* & *l. 5. C. de R. V.* diſerte loquantur de ſumtibus *in rem iam extantem* factis, partim quod luculenta inter vtrumque caſum intercedat *differentiæ ratio.* Nimirum ſumtus neceſſarios in rem *iam exiſtentem* factos vtique dominus refundere tenetur, quia *ipſe eos perinde feciſſet.* Aliud de *ædificio nouo* dicendum, quum *arbitrarium*, non *neceſſarium* ſit, nouas ædes exſtruere, in quibus

que caſu idem odium meretur ſine dubio.

Hoc tamen addendum erit, quod b. f. poſſeſſor impenſas haſce repetat, licet res meliorata deinde, absque eius culpa, iterum perierit, *D)* e contrario autem m. f. poſſeſſori ius repetendi tunc demum competat, ſi melioratio adhuc reuera exiſtit, *E) d. l. 38. ff. de hered. petit.*

De

bus impenſæ omnes, nedum materia, fere ſunt neceſſariæ, quæ tamen in ædibus iam exſtructis conſeruandis modicæ ſunt. Vid. HVBER. *Prælect. ad I. Lib. 2. Tit. 1. §. 40.*

D) Recte ſe habet AVCTORIS adſertio quod ad *iudicium vniuerſale*, de quo etiam *cit. l. 38.* diſerte loquitur. Magis impedita quæſtio eſt: Num idem *in iudicio ſingulari* obtineat? Mihi *negans* ſententia probatur, tum quia cauſſa deductionis *d. L. 38.* deficit, tum quia exceptio dari nequit, vbi nulla actio. vid. DONELL. *Comment. Iur. ciuil. Lib. 20. cap. 7. lit. G.* GARSIAS *de Expenſ. & Meliorat. cap. 6. n. 14.*

E) Quia *ſciens* in rem alienam impendit, & ſolum ex *benignitate* in eius perſona habetur ratio impenſarum, ne petitor ex aliena iactura lucrum faciat; quæ ratio

 ceſ-

De impenſis *vtilibus* ita tene: Bonæ fidei poſſeſſor easdem repetit, cum diſtinctione tamen, & iuxta diuerſam *perſonarum* atque *cauſarum* conſiderationem, in *l. 38. ff. de R. V.* indigitatam. Quod ſi enim dominus *easdem impenſas facturus fuiſſet*, ad reſtitutionem obligatur eousque, quo pretioſior factus eſt fundus. Quod ſi vero dominus *pauper ſit*, qui, ſi reddere id cogatur, laribus, ſepulchris auitis carendum habeat, b. f. poſſeſſor meliorationes factas tollit, modo ita fieri queat, ne deterior ſit fundus, quam ſi initio non fuiſſet ædificatum. Sed etſi tollere vult b. f. poſſeſſor, quod ſi tamen paratus eſt dominus tantum dare, quantum habiturus eſt poſſeſſor, his rebus ablatis, hoc ipſi conceditur, &c. Singulare quid in dote occurrit, quod maritus ſcilicet ob impenſas *vtiles* non habeat ius retentionis, *l. vn. §. 5. C. de R. V. A.* Sed actionem mandati, vel negotiorum geſtorum. Malæ fidei poſſeſſor has meliorationes nunquam repetit, ſed ſemper tollit, *F)* vid.

ceſſat, ſi res, in quam impenſæ factæ, *non amplius extet. d. l. 38.* STRVV. *S. I. C. Exerc. X. §. 62.*

F) Imo potius *diſtinguendum*, vtrum iudicio *ſingulari* an *vniuerſali* agatur, illo caſu *tollit*, hoc *deducit*, cui ſententiæ ipſe

vid. Struu. *Ex. 11. th. 33.* ſuppoſito iterum, modo ita tollere poſſit, ne fiat deterior fundus, quam antea quidem fuit.

Voluptuarias denique impenſas tam b. quam m. f. poſſeſſor ſolummodo tollit, *G)* cum modo adlata tamen limitatione. Et hanc aſſertionem, quoad m. f. poſſeſſorem, ex ipſa *l. 39. §. 1. ff. de hered. petit.* ſtabiliri poſſe putamus, quam tamen alias nonnulli, tanquam obſtantem, obiiciunt. Nobis hæc pro modo inſtituti noſtri adduxiſſe ſufficiat. Plura videri poſſunt apud Struu. *cit. Exerc. 11. th. 34. ſeqq.* & apud autores ab eodem allegatos.

Deli-

ipſe ſubſcribit AVCTOR *Doctr. Pand. Tit. de Her. Pet. §. 7. iunct. Tit. de R. V. §. 5.*

G) Repetenda heic itidem diſtinctio inter iudicium *ſingulare* & *vniuerſale*, ita vt in *illo* impenſas *voluptuarias* b. f. poſſeſſor regulariter *tollat*, in hoc *deducat*. Vid. AVCTOR *Doctr. Pand. Tit. de Her. pet. §. 7.* Dico: *regulariter;* poteſt enim & in *ſingulari* iudicio b. f. poſſeſſor voluptuarias impenſas nonnunquam *deducere*, vtputa, ſi easdem *actor facturus* probetur, ſi actor rem *venalem* habeat, eamque ob has impenſas carius vendere poſſit, *l. 29. ff. de R. V.* DONELL. *enucl. Lib. 20. cap. 7. Lit. H.*

Delicatæ impenſæ vocantur, quæ ex parte ſunt vtiles, ex parte autem voluptuariæ. Quod ſi ergo vtilitas præualeat, idem prædicatum illis tribuendum erit, quod vtilibus impenſis tribuimus, *v. l. 10. ff. h. t.* ſin vero voluptas præualet, in voluptuariarum quoque claſſem referendæ erunt.

DISTINCTIO II.

Inter Impenſas *modicas* & *magnas*.

Magnæ vocantur, quæ *perpetuam*, *modicæ* autem, quæ *præſentaneam* ſolum rei conſeruationem reſpiciunt, quod germani efferunt, was zum Dach und Fach gehöret.

Vſus diſtinctionis tunc deprehenditur, *ſi quis vtilitatem ex rebus alienis gratis percipit.* Ita *vſufructuarius* ſarta tecta habere, & modicam refectionem ſuſcipere debet, ea autem, quæ vetuſtate plane corruerunt, reficere non cogitur, *l. 7. §. 2. ff. de vſufr.* Ita *commodatarius* cibariorum, valetudinis, aliasque modicas impenſas in rem commodatam factas a commodante non recuperat, *l. 18. §. 2. ff. commodati.* Sic, ſi *maritus* impenſas in res dotales factas repetit, modicæ in ædificandis ædibus, & in reponendis propagandisque vineis, & in valetudine mancipiorum erogatæ, non curantur, *l. 12. ff. h. t.* Idem in Saxonia quoad *miniſtros eccleſiæ* obti-

obtinet, qui ædes parochiales ſartas tectas conſeruare tenentur, Carpzou. *Iur. Eccleſ. l.* 2. *def.*352. Speciale quid eſt, quod pater, qui vſumfructum peculii aduentitii habet, non ſolum ad modicas, ſed ad magnas etiam teneatur, *H)* Garſias *de Expenſ. c.* 11. *n.* 5. *ſeqq.*

Dixi autem, eum ad modicas impenſas obſtrictum eſſe, qui vtilitatem ex rebus alienis *gratis* percipit. Aliud ergo, *ſi fructus quis titulo onerofo conſequitur, v. g. conductor.* Hic enim omnes expenſas, ſiue ſint modicæ, ſiue magnæ, a locatore recipit, v.g. quod pro ſoleis ferreis, vel pro curatione equi dedit, Garſias *d. tr. c.* 14. *num.* 10. Caroc. *de Locat. p.* 4. *qu.* 40. Lauterbach. *ad tit. Locat. cond.* quo etiam illud refero, quod pro pabulo expenditur, vid.

H) GARSIAS *cit. cap.* 11. *n.* 11. diſtinguit inter *impenſas litis*, & *impenſas in ipſam rem*, puta, ædificando, reficiendo, cetera, factas, ad *illas* indiſcriminatim patrem teneri, (niſi forte quantitatem fructuum *exſuperent*) quod ad *has* patrem ab alio vſufructuario *nil quidquam diſtare*, & ad *modicas* ſaltem, non ad *magnas* teneri contendit. Add. IO. DEL CASTILLO SOTOMAIOR *de Vſufruct. cap.* 55. *n.* 2. & *cap.* 56. *n.* 1.

vid. Illuſtr. Stryk. *not. ad Lauterb. tit. Locat. verb. Curationem.* Quia enim locator percipiendo mercedem emolumentum ex re habet, hinc quoque incommoda ferat neceſſum eſt.

LIB. XXV. TIT. I.

De Tutelis.

DISTINCTIO I.

Inter Tutelam *teſtamentariam*, *legitimam* & *datiuam*.

Quod cauſa efficiente differant hæ tres ſpecies, illud exigui momenti eſt, & nec iure Romano vſum practicum conſtituebat. At vero apud Romanos in eo vſus ſeſe exſerebat, (1.) *quod tutores teſtamentarii & legitimi confirmatione iudiciali non indigerent*, ſed teſtamentarii, autoritate ſolius teſtamenti, legitimi autem vi agnationis, tutelæ adminiſtrationem in ſe ſuſciperent, *arg. pr. I. de Attil. Tut.* (2.) *quod a teſtamentariis nulla ſatisdatio exigeretur*, *pr. I. de ſatisdat. Tut.* ſed iſta quidem apud nos hodie ceſſant. Poſtquam enim per *Ordin. Polit. de A. 1577. tit. 32.* omnes ſatisdare tenentur, omnes quoque confirmatio-

matione iudicis opus habent, cuiuscunque generis ſint.

Hodie ergo nullum vſum habet adlata diſtinctio, niſi quod magiſtratus eum, quem pater in teſtamento nominauit, nec non hoc deficiente, legitimum, ante omnes alios extraneos confirmare obſtrictus ſit. Nec non quod nominatio tutoris in teſtamento adhuc ſub conditione, vel in diem, *A)* & ſic confirmatio magiſtratus eodem modo fieri poſſit; quod ſecus eſt, ſi magiſtratus ex proprio arbitrio tutelam alicui demandat, §. 3. *I. qui teſt. tut. dar. poſſ. l. 6. §. 1. ff. de tutel.* & de tutoribus a magiſtratu ita conſtitutis intelligenda eſt *l. 77. B) ff. de R. I.*

DIST.

A) Vel *ex die*, vel *ad conditionem*, *d. §. 3. l. 8. §. 2. ff. de Teſtam. Tutel.*

B) In qua dicitur, *quod tutoris datio ſit actus legitimus, non recipiens conditionem vel diem.* Ratio *differentiæ* inter tutorem *teſtamentarium* & *datiuum* hæc eſt, quod defectus, *a patre* in tutoris conſtitutione commiſſus, ſuppleri poſſit *per magiſtratum*, quod ſecus in *tutore datiuo*, cui ſi magiſtratus adiiceret conditionem, vel diem, interim ante diem aduenientem, vel conditionem exiſtentem, pupillo non eſſet cautum.

DISTINCTIO II.
Inter Tutelam teſtamentariam *ſimplicem* & *confirmatam*.

Tutela *ſimplex* dicebatur, quam pater intuitu liberorum, *in poteſtate patriæ exiſtentium*, conſtituerat, §. 3. *I. de tutel.* & quidem in teſtamento perfecto, aut codicillis teſtamento confirmatis: *Confirmata* autem, quando vel in teſtatore patria poteſtas deficiebat, v. g. ſi pater filio emancipato, vel mater liberis, tutorem dederat: vel, ſi teſtamentum non erat ſolenne, vel codicilli per teſtamentum non confirmati, v. Struu. *S. I. C. Exerc. 31. th. 17.*

Vſus in foro Romano erat, quod prior confirmatione magiſtratus haud indigeret, bene tamen poſterior, *l. 1. pr. &* §. *1. in f. ff. de confirm. Tut. vel Cur. l. 7.* §. *1. eod.* Struu. *loc. cit.* Verum enim vero cum ad *diſt. præc.* iam monuerimus, hodie omnes tutores confirmandos eſſe; exinde patet, adlatæ diſtinctionis nullum apud nos hodie in praxi vſum ſupereſſe. *C)*

DIST.

C) De hac adſertione dubito, quum recte obſeruet BRVNNEM. *ad l. 1. C. de Confirm. tutor.* confirmationem tutelæ *non recte conſtitutæ* adhuc hodie differre ab illo *decreto*

DISTINCTIO III.

Inter Tutorem *adminiſtrantem*, *honorarium*, & *notitiæ cauſa datum*.

Ille, qui *adminiſtrationis gratia* conſtituitur, ſimpliciter tutor vocari conſueuit, & ergo voce *tutoris* abſolute poſita, in dubio intelligitur.

Honorarius tutor eſt inſpector reliquorum, ſeu, vt *in l.3.§.2.ff. de admin. Tut.* dici-

creto, ſeu *confirmatione*, quæ *LL. imp.* in omnibus tutoribus requiritur. Qui enim *cum defectu* teſtamento tutor datus, is *antequam defectus a magiſtratu ſit ſuppletus*, plane *nihil* adminiſtrare tenetur, ne quidem illa, quæ *moram non ferunt;* quod ſecus ſe habet in tutore *ſine defectu* dato, qui, etſi nondum adceſſerit confirmatio LL. imp. introducta, adminiſtrare debet ea, quæ *moram non admittunt*. Pariter tutor *cum defectu* datus ante confirmationem (quæ ex iure Rom. fluit) ſe *excuſare non tenetur*, quod *ſecus* ſe habet in tutore *ſine defectu* dato, qui vtique ante confirmationem, LL. imp. ſtabilitam, ſe *excuſare debet*, alioqui excuſationi ſuæ *renuntiaſſe* cenſetur. Plura dabit B. STRYK. *Vſ. mod. ff. tit. de Confirm. tut. §.4.ſeq.*

dicitur, obſeruator actuum tutoris adminiſtrantis, & cuſtos.

Tutori *notitiæ cauſa* dato nihil amplius incumbit, quam vt reliquos tutores de adminiſtratione prudenter ſuſcipienda, informet, *l. 14. §. 1. & 6. ff. de ſolut.*

Vſus diſtinctionis in eo conſiſtit: *D)* ſi pupillus a tutoribus læſus ſit, *primo* quidem conueniuntur tutores adminiſtrantes: quod ſi tamen hi, eorumque heredes, & fideiuſſores, non ſint ſoluendo, honorarii *deinde* ad reparandum damnum tenentur, imputatur enim iisdem, cur, ſi male tutorem adminiſtrantem conuerſari videbant, ſuſpectum eum non fecerunt, prout loquitur Vlpianus in *l. 3. §. 2. ff. de adminiſtr. Tut.* & ibi omnino Brunnem. *in Commentar.* Aſt ille, qui notitiæ cauſa datus, conueniri ne-

D) Vſus quoque ſe exſerit in doctrina de excuſationibus tutorum. Etſi enim *tria onera tutelæ* excuſent a *quarta*, hoc tamen capiendum eſt de eiusmodi tutelis, quæ *adminiſtrationem adnexam habent*, arg. *l. 15. §. 9. ff. de Excuſ. tutor.* MONTAN. *de Iur. Tutel. & Curat. cap. 35. n. 138.* BRVNNEM. *ad l. vn. C. Qui num. tutel. n. 3.*

nequit, *E)* niſi forſan in conſilio dando dolum malum adhibuerit, quod ex principiis de obligatione conſilii, facile deducitur.

Porro *tutor adminiſtrans* indiſtincte autoritatem ſuam in negotiis pupillorum interponere valet; circa *honorarium* autem diſtinguendum eſt. Aut agitur principaliter *de patrimonio pupilli diminuendo, & re pupilli in alium transferenda*, v. g. ſi res pupilli venditur, permutatur, &c. & tunc tutoris honorarii autoritas non ſufficit, de quo caſu loquitur *l. 4. ff. de autor. & conſ. Tut.* Vel e conuerſo *principaliter de acquirendo agitur, & per conſequentiam ſolum de pupillo obligando*, v. g. ſi pupillus hereditatem adit, & tunc etiam tutor honorarius autoritatem ſuam valide interponit, quo pertinet *l. 49. ff. de acqu. vel omitt. hered.* Hæc conciliatio *alleg. LL.* Brunnemanni *ad d. l. 49.* præferenda eſſe videtur illi, quam habet Gothofred. *ad cit. l. 4. ff. de autor. & conſenſ. Tut.* vid. Hilliger *ad Donell. l. 7. c. 9. lit. C.* Wiſſenbach. *ad ff. part. 1. Diſp. 51. th. 12.*

Ean-

E) Imo *poteſt*, ſi tutores male adminiſtrantes ſuſpectos poſtulare neglexit, *l. 1. C. de Peric. tut. & Curat.* ib. BRVNNEM. Add. AVCTOR. *Doctr. Pand. tit. de ſuſpect. tut. §. 4.*

Eandem diſtinctionem intuitu tutoris, *notitiæ cauſa dati*, adhibendam eſſe puto, ob verba generalia *l. 49. ff. de acqu. vel omitt. hered. Pupillum etiam eo tutore autore, qui tutelam non gerat, hereditatem adeundo obligari ait.* In qua ſententia eo magis confirmor, dum in *l. 14. §. 6. ff. de ſolut.* dicitur, *liberationem etiam contingere, quamuis quis tutori notitiæ cauſa dato ſoluerit, modo ei ſolui prohibitum non fuerit.*

DISTINCTIO IV.

Inter *Infantes* & *Impuberes* in ſpecie ſic dictos.

Infantes, (qui tales dicuntur vsque ad completionem anni ſeptimi, *l. 18. pr. C. de iur. deliber.* tam maſculi, quam fœminæ) nihil omnino contribuunt in negotiis ciuilibus, vnde etiam tutor, durante infantia, *non autoritatem interponit*, ſed *ſolus* nomine pupilli *adminiſtrat;* poſt infantiam autem demum autoritatem interponere dicitur, quamuis & tunc ſolus adminiſtrare poſſit, *F)* ſi

F) Nonnunquam tamen etiam *bodie* neceſſario *ipſe pupillus* negotium gerere debet *auctore tutore*, vt puta, ſi *procurator conſtituendus*, quia hic nonniſi *a domino* conſtituitur, *l. 24. ff. de adminiſtr. tutor.* in *aditione hereditatis*, *l. 18. §. 4. C. de Iur. delib.*

ſi velit, v. Lauterbach. *ad tit. de adminiſtr. Tut.*

Hæc theoretica ſaltem ſunt, cum vnus idemque ſit effectus, eademque obligatio, ſiue adminiſtrauerit tutor, ſiue autoritatem interpoſuerit. Interim hoc quoad vſum practicum notari meretur, quod infantes nunquam puniri poſſint propter admiſſa delicta, v. quos maximo cumulo allegat Carpz. *Pr. Crim. qu. 143. n. 10.* niſi quod, ſi iudex aliqualem malitiam & doli capacitatem in iis deprehendat, virgis caſtigari queant, ab hominibus, nulla macula laborantibus, quo pertinet reſponſum Scabinorum Lipſienſium apud Carpzou. *l. c. num. 20.* ibi: So wird C. S. ſolcher ſeiner Verbrechung wegen mit Ruthen ziemlicher maſſen gezüchtiget, und wann ſolches geſchehen, mag ferner wider ihn nichts fürgenommen werden &c. at vero illi, qui infantiam iam egreſſi ſunt, interdum pœnæ omnino ſubiici poſſunt, prout ad *ſeq. Diſt.* mox dicetur. Poſſes hoc quoque addere, quod *infans* ne quidem in mere fauorabilibus, promiſſionem acceptare queat, Illuſtr. Stryk. *Caut. Contr. ſect. 1. c. 2. §. 6.* quod tamen poſſunt impuberes.

Sic quoque ſtuprum *infanti* illatum pro violento reputatur, & capitaliter puni-

tur, licet ille conſenſerit, Carpz. *Pr. Crim. qu. 69. n. 41.* ſecus in *impubere.*

DISTINCTIO V.

Inter *Infantiæ proximos* & *Pubertati proximos.*

Has ætates ita diſcernendas eſſe exiſtimant nonnulli, vt *pubertati proximi* dicantur, qui decimum annum & dimidium impleuerunt, *gloſſ. in §. Pupillus 9. verb. Infantiæ proximus. I. de inutil. ſtipul.* Bartol. *in l. 1. n. 6. ff. de nouat.* Alii, ſi intra annum & ſemeſtre, pubertatem aſſequuntur, Cuiac. *l. 17. Obſ. 4. in f.* Aut, ſi ad puberem ætatem ſex menſes tantummodo deſunt, Bald. *ad l. 14. ff. ad Sc. Silan.* Veriorem tamen eorum ſententiam eſſe, exiſtimat Carpz. *l. cit. num. 33.* qui iudicis arbitrio committunt, qua ætate quis proprie dicatur pubertati proximus, vt ſcilicet iudex, inſpecta impuberis diſcretione, aliiſque circumſtantiis probe perpenſis, hac de re iudicium ferat; quamuis ſubiungat, interpretes communiter vtrumque, pluralitatem ſcilicet annorum, & malitiam, coniunctim requirere, quam quoque ſententiam nos præferendam eſſe ducimus, ex illo fundamento, quod *vt plurimum* malitia tunc demum adeſſe ſoleat, ſi plu-

uralitas annorum adeſt. Ergo diuidendos eſſe cenſemus eos ſeptem annos, ab octauo ſcilicet vsque ad decimum quartum, vt vna dimidia ad proximitatem infantiæ, altera autem ad pubertatis proximitatem referatur.

Vſus in eo conſiſtit: *Infantiæ proximi* non aliter conſiderantur, quam ipſi infantes, de quibus ad *diſt. præc.* diximus, & ſic per conſequens non puniuntur. Aliud in *pubertati proximis.* Hi enim, ſi malitia ætatem ſupplet, pœna omnino affici poſſunt, &, ſi delictum valde eſt atrox, & maxima in delinquente impubere deprehenditur malitia, pœnæ quoque ordinariæ locus erit, v. Carpz. *d. q. 143. num. 35. ſeqq.*

DISTINCTIO VI.

Inter *Impuberes* & *minorennes.*

Vocabulum *minorennium* dupliciter ſumitur, (1.) *late*, vt etiam impuberes ſub ſe comprehendat, prout accipitur in *tit. ff. de minor. 25. ann.* (2.) *ſtricte*, vt impuberibus opponatur, & hic poſterior ſignificatus in præſenti ad nos pertinet.

Longe diuerſa autem eſt ratio *impuberum* & *minorennium*, quoad effectum iuris.

Impuberes inuiti etiam tutores recipere tenentur, ob maximam iudicii imbecillitatem, non autem *minores* de iure Romano regulariter curatores, niſi ad litem, *G)* §. 2. *I. de Curat.* quamuis hodie aliud per *Reform. Polit. de A.* 1577. *tit.* 32. dicendum.

Impuberes absque tutorum autoritate promittentes, plane non obligantur, & ſic reſtitutione in integrum non indigent, ſed ipſo iure tuti ſunt: aliud in *minoribus*, *v. l.* 101. *ff. de V. O.* quæ tamen ex *l.* 3. *C. de in integr. reſt. min.* 25. *ann.* ad eum caſum reſtringenda videtur, *ſi minor curatorem non habet.*

Impuberes teſtamentum condere non poſſunt; §. 1. *I. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt.* bene tamen *minores. l.* 4. *C. eod.*

Impu-

G) Adde: 2) Si debitor minori velit ſoluere, *l.* 7. §. 2. *ff. de Minor.* 3) ad recipiendas rationes tutoris. *l.* 7. *C. Qui petant Tutor. vel Curator.*

Impuberes regulariter doli non ſunt capaces, & propterea etiam non puniuntur, prout ad *diſt. præced.* monitum fuit; aliud in *minorennibus*, quippe qui regulariter a dolo & pœna non excuſantur, *H)* v. *Conſtit. Crimin. art. 164.* Carpz. *qu. 147. n. 59. ſqq.* Struu. *S. I. C. Exerc. 48. th. 11.*

Impuberes ſponſalia contrahentes, firmiter non obligantur, ſed adepta pupertate, ab iisdem licite iterum recedere poſſunt, etiamſi alter pubertatem nondum ſit aſſecutus, *c. 8. X. de deſponſ. impub.* Guttierez. *de matrim. c. 29. num. 2.* Brunnemann. *de iur. eccleſ. l. 2. c. 16. §. 11.* Aliud in *minoribus*, qui etiam absque curatorum & agnatorum conſenſu, valide ſe deſpondent. Carpzou. *Iurispr. Conſiſt. lib. 2. def. 46.* Struu. *Ex. 29. th. 23.*

Minores ad iuramenta admittuntur, *I)* & præſtito iuramento ſuper contractu aliquo,

H) Ex *miſeratione ætatis* tamen nonnunquam ordinaria pœna *mitigntur*, e. g. ſi quis *nuper admodum* pubes factus. *l. 37. ff. de Minor.* CARPZOV. *Pract. Crimi. part. 3. Q. 143. n. 80.*

I) Non tamen in *Electoratu Saxoniæ* minorennes ante *annum 18.* completum, in

quo, beneficio reſtitutionis non gaudent, per *Auth. Sacramenta puberum. C. ſi aduerſ. vendit.* Aliud in *impuberibus. K) v. l. 34. §. 2. ff. de iureiur.*

Impubes iudicis perſonam neutiquam ſuſtinere poteſt, bene tamen interdum *minorennis*, ſi principi hoc ita placuerit. *L)* Vbi

cauſſis *matrimonialibus* vero & *impraegnationum*, ante *annum 16.* completum, ad iuramenti præſtationem coguntur. ORD. PROC. RECOGN. *Tit. 18.* §. *4.* Eundem terminum 18. annorum ſeruat *Jus Marchicum.* Cammer-Ger. Ordn. der Marck Brandenb. *Tit. 43.* §. *6.*

K) Quæ adſertio temperanda ex *L. 26. pr. ff. de Iureiur.* niſi impubes, *conſentiente aduerſario*, iuret, & quidem *in proprium fauorem*, volenti enim non fit iniuria. GOTHOFRED. *add. L. 26.* Add. AVCTOR *Doctr. Pand. eod.* §. *5.*

L) Plures aliæ ſuperſunt differentiæ, ab AVCTORE neglectæ, quas enarrare iuuat:

1) *Impuberes* non poſſunt nuptias contrahere, bene tamen *minores. pr. I. de Nupt.*

2) *Im-*

Vbi notandum eſt, leges Romanas, quæ de ætate iudicis *pedanei* loquuntur, admodum impertinenter allegari in compendiis noſtris

2) *Impuberes* non poſſunt eſſe teſtes in teſtamento, bene tamen *minores*. *§. 1. & 6. I. de Teſtam. ordin.*

3) *Impuberes* non poſſunt pro alio poſtulare, bene tamen *minores*, modo 17. annum exceſſerint. *l. 1. §. 3. ff. de Poſtul.*

4) *Impuberes* non admittuntur ad teſtimonium dicendum, *l. 3. §. 5. l. 19. §. 1. ff. de Teſtib.* bene tamen *minores*, etiam in cauſſa criminali, ſi ſint 20. annis maiores, *l. 20. ff. eod.* licet hunc textum ad proceſſum adcuſatorium reſtringant, ac in inquiſitorio *indiſtincte* minorem admittant CARPZOV. *Pract. Crim. part. 3. Q. 114. n. 42.* BRVNNEM. *Proc. Inquiſit. cap. 8. membr. 2. n. 32.*

5) *Impubes* ſi ob delictum patratum relegetur, immunis eſt *a præſtatione Vrphedæ*, (vnde ſententiæ, qua relegatio dictatur, inſeri ſolent verba: Jedoch ohne Leiſtung des Urphedens) non *minor.* CARPZOV. *Pract. Crim. part. 3. Q. 143. n. 39.*

ſtris ad determinandam hodiernorum iudicum, a principe conſtitutorum, legitimam ætatem. Partes enim, quæ tunc eligebant tales

6) *Impuberes* terreri quidem, etiam realiter, non vero torqueri poſſunt, *l. 10. pr. ff. de Quæſtion.* bene tamen *minores.* ZANGER. *de Tortur. cap. 1. n. 34. ſqq.* CARPZ. *d. Tr. part. 3. Q. 118. n. 10. 29.*

7) *Impubes* patre orbatus, perſonis adcenſetur miſerabilibus, *L. vn. C. Quand. Imp. int. pupill.* non *minor*, partim, quum iura ſingularia extenſionem reſpuant, partim, quum vocabulo pupilli vſu iuris haud quaquam contineatur minor. Illuſtr. DN. de BERGER *Elect. Discept. For. Tit. 4. Obſeruat. 9. Not. 3.* HILLIGER *in Donell. enucleat. Lib. 17. cap. 20. lit. B.*

8) Contra *pupillum* non currit præſcriptio 30. annorum, bene tamen contra *minorem. l. Sicut. 3. C. de Præſcript. 30. vel 40. ann.* ib. GOTHOFRED. *lit. V.*

9) Denique etſi regulariter neque *pupillus*, neque *minor*, legitimam ſine tutore

tales iudices, ad numerum annorum in legibus præſcriptum, adſtricti vtique erant; ſed princeps ſummus non item, conf. hic *doctr. ff. tit. de iudic. §. IX.*

tore & curatore, perſonam ſtandi in iudicio habeat, *l. 2. C. Qui legit. perſon. ſtand. in iudic.* multis tamen modis quod ad *minorem*, regula illa officium perdit, vt puta, in cauſſis *ſpiritualibus*, BRVNNEM. *de Iur. Eccleſ. lib. 3. cap. 3. §. 1.* in cauſſis *criminalibus*, BRVNNEM. *ad l. 4. C. de Auctoritat. præſt. n. 2.* ſi minor *veniam ætatis* impetrauit, *L. 10. C. de Appellat.* ſi in iudicio comparens *iuret*, ſe omnia ſancte obſeruaturum, cetera. Vid. MEV. *in Comment. ad Ius Lubec. part. 1. Tit. 7. art. 8. n. 7. ſeqq.*

Lib. XXVI. Tit. II. & III.

De Teſtamentaria Tutela,

&

De Confirmando Tutore vel Curatore.

Sub hiſce titulis occurrit diſtinctio inter *tutelam teſtamentariam ſimplicem*, & *confirmatam*, de qua nos iam *ad tit. præc. diſt. II.* noſtram mentem aperuimus.

Altera quoque diſtinctio, inter confirmationem *cum inquiſitione*, & *cum ſatisdatione*, hodie applicari amplius non poteſt. Profluebat nempe illa ex diuerſitate magiſtratuum apud Romanos, dum magiſtratus ſuperior cum inquiſitione, inferior autem cum ſatisdatione, tutores confirmabat, *v. l. 2. & l. 5. ff. de confirm. Tut. vel Curat.* Sed quis ignorat, argumentum a magiſtratibus Romanis ad noſtros hodiernos plane non

non procedere. Imo potius *Ord. Polit. de An. 1577. tit. 32.* von den Pupillen und Minderjährigen, ab omnibus tutoribus ſatisdationem exigit, *A)* ſine diſtinctione inter confirmationem a ſuperiore, vel inferiore magiſtratu factam.

Idem iudicium eſto de diſtinctione, vtrum tutor *cum* vel *ſine inquiſitione* confirmatus fuerit. Confirmabatur ſcilicet ſine inquiſitione, quoties pater eum dederat, ſi autem alius aliquis, cum inquiſitione, *v. l. 1. §. 2. ff. de confirm. Tutor.* Hodie confirmatio non ſufficit, ſiue cum, ſiue ſine inquiſitione facta fuerit, ſed adhuc maius aliquid, ſatisdatio ſcilicet, requiritur.

LIB.

A) Recte AVCTOR *Doctr. Pand. Tit. de Adminiſtr. & peric. tutor. §. 6.* obſeruat, *hodie* ſatisdationem remitti illo caſu, ſi tutor bona *immobilia* poſſideat. In *Electoratu Saxoniæ* vero, quum omnes hypothecæ *tacitæ* prorſus ſint abrogatæ, vid. *not. ſupr. Lib. 20. Tit. 1. ad Diſtinct. 1. expreſſa hypotheca* pupillo a tutore, eaque *iudicialiter* conſtituenda, aut, ſi immobilibus deſtituatur, *ſatisdatio* præſtanda. Vid. ORD. PROC. SAX. RECOGN. *Tit. 45. §. 1.*

LIB. XXVI. TIT. IV.

De Legitimis Tutoribus.

DISTINCTIO I.

Inter Tutelam legitimam *ordinariam* (ſiue *regularem*) & *extraordinariam* (ſiue *irregularem*.)

O*rdinaria* ſiue *regularis* vocatur, quæ defertur a lege, proximis pupilli cognatis, iuxta ſucceſſionis ordinem. Quicunque enim ſpem proximam & certam habet emolumentum conſequendi ex hereditate pupilli, ſi is intra pubertatem deceſſerit, ille quoque onus tutelæ in ſe ſuſcipere adſtringitur. *A)* Vnde ſimul patet, cur non detur cura legitima, quia ſcilicet cognati, poſtquam pupillus pubertatem

A) Modo ad *ſuſcipiendam directionem actionum pupilli*, & *adminiſtrationem bonorum* eiusdem, *habilis* ſit, quod recte addit AVCTOR *Doctr. Pand. h. t.* §. *1.*

tatem adeptus eſt, & ſic facultate teſtandi gaudet, ſpem *certam* ſuccedendi non amplius habent, exceptis furioſorum & prodigorum cognatis, nec non in cauſis feudalibus.

Extraordinaria ſiue *irregularis* eſt, quæ matri, *B)* vel auiæ, defertur ex *Nou. 118. c. 5. C)* vbi quæſtio moueri ſolet: *An & quibus cognatis præferatur mater vel auia?* Ad diſtinctum conceptum formandum ſequentes caſus ſeparandi erunt. *Aut mater cum auia concurrit*, & tunc res dubio caret, matrem præferendam eſſe, quia mater in ſucceſſione proxima eſt. *Aut mater concurrit cum auo, ſiue paterno, ſiue materno*, & tunc, quamuis Struuius & Carpzo-

B) Modo ſit *legitimæ ætatis*, ſeu *maiorennis. l. 2. C. Quand. mulier. tutel. offic.*

C) Iure Digeſtorum & Codicis *mater* tutelam libb. gerere non poterat, *niſi hoc a Principe impetraſſet, L. 18. ff. de Tutel. L. 2. & 3. C. Quand. mul. tutel. offic.* & ſic illo iure tutela hæc erat *datiua*, verum poſt *Nou. 118.* (qua matri *auia* addita) eſt *legitima.* L. B. de COCCEII *Iur. ciuil. controuerſ. h. t. q. 1.* RITTERSHVS. *Expoſit. Nouell. part. 8. cap. 2.*

Carpzouius diſſentiant, idem tamen ex eadem ratione, aſſerendum eſſe putamus, propter verba *Nouellæ 118. c. 5.* ibi: *ſecundum hereditatis ordinem.* Vid. *Compend. noſtr. Nouell. cit. nou.* Carpzouius *P. 2. c. 11. def. 13.* excipit quidem, eo caſu, vbi mater cum auo paterno concurrit, nulla plane tutela opus eſſe, quia nepos eſt in poteſtate illius aui: ſed cum hoc hodie rarius fiat, ratio etiam Carpzouii parum ſtringere videtur. Porro: *aut auia concurrit cum auo*, & tunc puto, auum auiæ præferri debere, ob præſtantiam ſexus, quam toties reſpicere videntur leges, quoties perſonæ concurrentes, ratione ſucceſſionis eodem iure gaudent. *Aut* denique *auia paterna cum auia materna concurrit*, & tunc vtraque admittenda erit, quia & ratione iuris ſuccedendi, & ratione ſexus, ſunt æquales.

Quoad vſum diſtinctionis hæc breuiter nota: In tutela legitima *ordinaria* cognati *inuiti* etiam coguntur, niſi excuſatione aliqua, in legibus adprobata, inſtructi ſint; aſt in *extraordinaria*, matris & auiæ *arbitrio reliquerunt leges*, an in ſe recipere velint onus tutelæ, annon, vid. Carpz. *d. P. 2. C. 11. Def. 11. num. 13. 14.*

Deinde

Deinde hoc etiam ſpeciale quid eſt, *D)* quod mater & auia ad tutelam *extraordinariam* admittantur, quamuis ſint pupillorum debitrices, aut creditrices, *Nou. 94. c. 2.*

D) Hoc quoque notatu dignum, quod, licet alias a patre *probibitus* tutor creari nequeat, quin & ſi creatus ſit, *remoueri* debeat, ſalua exiſtimatione, *l. 21. §. 2. ff. de Tutor. & Curat. dat.* aliud tamen obtineat in matre, quam *ſola* patris *probibitio* a tutela haud quaquam repellit. MONTAN. *de Iure Tutelar. & Curation. cap. 15. n. 45.* MANZ. *ad Tit. de Legit. tutor. n. 9.* DN. THOMAS. *ad Strauch. Diſp. 5. th. 15.* De *Iure Electorali Saxonico* hac inſigni mater tutrix, præ reliquis tutoribus, *prærogatiua* gaudet, quod neglecto inuentario, ſaltem *iuratam ſpecificationem edere* teneatur, per DECIS. SAXON. *21.* id quod ad alios tutores neutiquam extendendum, ſed contra hos, ſi inuentarium conficere neglexerint, ius iurandum in litem vtique locum habet, vid. DN. de BERGER *Reſolut. Lauterbach. Tit. de Adminiſtr. & Peric. tutor. p. 569.* & *in Elect. Diſcept. Forenſ. Tit. 31. Obſeruat. 2. Not. 2.* RIVIN. *Enunc. Iur. Tit. 31. Enunc. 11.*

c. 2. quod ſecus in *ordinaria*, propter *Nou. 72. cap. 1.*

Mater, vel auia, ſi poſt ſuſceptam tutelam matrimonium init, tutelam deponere tenetur, per *Nou. 94. c. 2.* aliud ſi cognatus aliquis vxorem ſuperinducit.

LIB. XXVI. TIT. VII.

De Adminiſtratione & Periculo Tutorum, & Curatorum, qui geſſerint, vel non: & de agentibus, vel conueniendis, vno vel pluribus.

DISTINCTIO I.

Inter *Adminiſtrationem* & *Autoritatem* Tutorum.

De hac diſtinctione iam ſupra diximus ad *tit. de tutelis Diſt. IV.* Hoc ſaltem in præſenti addimus, quod quan-

quando quis cum tutore *adminiſtrante* contrahit, verba ita concipi debeant: Es verkauft der Vormund Titius im Namen ſeines Pfleg-Befohlenen, & in iudicialibus: Es erſcheinet Tutor im Namen ſeines Pfleg-Befohlenen: Si autem cum tutore, *autoritatem interponente*, in hunc modum: Es verkauft Meuius mit Beyſtand und Vollwort ſeines Vormundes Titii, & in iudicialibus: Es erſcheinet Kläger in aſſiſtenz ſeines Vormundes. Exinde enim tunc apparet, vtrum pupillus aliquo modo concurrat in contractu, an vero tutor omnia ſolus expediat. vid. Illuſtr. Dn. Stryk. *de Caut. contr. ſect. 1. Cap. 2. §. 3.*

DISTINCTIO II.

Inter Diuiſionem Adminiſtrationis *a teſtatore*, *iudice*, & *ipſis tutoribus* factam.

Vſus in decidenda quæſtione conſpicitur: *vtrum ex contutoribus alter propter alterius malam adminiſtrationem, pupillo ad intereſſe obligetur?* Hic nempe reſpondetur: Si diuiſio tutelæ facta *a teſtatore*, tunc alter pro altero plane non obligatur, niſi forſan viderit, alterum in rebus pupilli male verſari, & tamen eundem iuſto tempore

non poſtulauerit ſuſpectum, *l. 2. C. de diuidend. tutel.* Eadem eſt deciſio in *d. l.* ſi diuiſio *a iudice* facta fuit.

Sed ſi *ipſi tutores* inter ſe diuidunt tutelam, hæc diuiſio pupillo non præiudicat. Poteſt enim adoleſcens vnum ex his in ſolidum conuenire, ita, vt actiones, quas aduerſus alios habet, ad electum transferat, *d. l. 2.* Concedunt tamen DD. *A)* communiter beneficium excuſſionis, *B)* ſiue ordinis, quod intelligo, niſi ceteri quoque negligentiam & culpam in omiſſione poſtulationis ſuſpecti tutoris, admiſerint, & tutor gerens pupillum ſimiliter per culpam ſolum læſerit, tunc enim in pari gradu obligationis conſtituti eſſent.

A) Imo non tam opinione DD. quam aperto textu in *l. 3. C. de Diuidend. tutel.* hoc beneficium excuſſionis nititur.

B) Et ſi is, qui geſſit, ſoluendo non ſit, beneficium *diuiſionis.* STRVV. *§. I. C. Exerc. 31. th. 39.*

LIB. XXVI. TIT. VIII.

De Autoritate & Conſenſu Tutorum & Curatorum.

DISTINCTIO I.

Inter *Autoritatem* & *Conſenſum*.

Differentia apud Romanos in eo conſiſtebat, quod *autoritas* (quam tutores præſtant) ſtatim *ab initio* contractus, ſiue in continenti, id eſt, antequam ad alia negotia digrediuntur partes contrahentes, interponi debebat, poſt tempus enim, vel per epiſtolam, aut per nuntium interpoſita autoritas nihil agebat, prout habet §. 2. *I. de autor. Tut*. *Conſenſus* autem (qui a curatore requiritur) etiam *ex interuallo* accedere poterat. Rationem diuerſitatis ſuppeditant, quia autoritas tutoris *ad integrandam perſonam pupilli*, conſenſus curatoris autem *ad ſupplendam diſponendi facultatem* requiritur. Seu clarius, quia in impubere admodum imbecille eſt iudicium, vt parum, vel nihil, ad perficiendum nego-

tium contribuere queat, minorennis vero maiori iudicio diſcretiuo iamdum gaudet. Hæc ita apud Romanos. Verum enim vero poſtquam DD. noſtri communiter aſſerunt, quod hodie autoritas ex interuallo etiam a tutore interponi poſſit, modo exactam notitiam eorum habeat, quæ a pupillo peracta fuerunt, vid. Struu. *S. I. C. Exerc. 31. th. 42. in f.* & quem allegat Perez. *ad tit. C. de autor. & conſenſ. tut. num. 9.* Hoppius *Exam. I. de autor. Tut. qu. 12.* Brunneman. *Exercit. I. d. tit.* hinc adducta differentia hodie apud nos exiguæ, vel nullius potius vtilitatis erit.

LIB. XXVII. TIT. I.

De Excuſationibus.

DISTINCTIO I.

Inter Excuſationem *neceſſariam* & *voluntariam*.

N*eceſſariam* vocant, quando quis ne volens quidem admittitur ad tutelam, vel quod pupillo exinde damnum

mnum immineat, v. g. ſi minorennis, inimicus, prodigus &c. tutor eſſe vellet, vel ipſi etiam reipublicæ, v. g. ſi miles tutelam adfectaret, & hæc proinde melius *probibitio*, quam *excuſatio* dici meretur.

Voluntaria e contrario dicitur, quando quis, ſi vellet, omnino ad tutelam admitteretur, & hæc proprie eſt excuſatio.

Neceſſaria non ſolum a ſuſcipienda, ſed a ſuſcepta etiam tutela excuſat; ſed *voluntaria* a ſuſcipienda ſaltem. Eo ipſo enim dum aliquis excuſationem propter priuatum ſuum fauorem, ſibi competentem, allegare ſcienter omiſit, iuri ſui renunciaſſe cenſetur, ad renunciata autem regreſſus non datur.

LIB. XXVII. TIT. III.

De Tutelæ & Rationibus diſtrahendis & vtili curationis cauſa actione.

DISTINCTIO I.

Inter Actionem *Tutelæ* (ſeu *de rationibus reddendis*) & *de rationibus diſtrahendis.*

P*rior* oritur ex quaſi contractu, *poſterior* ex delicto. *Illa* datur ad damni illati reparationem, & ſic ad ſimplum ſaltem; *hæc* autem ad duplum, quod rei perſecutionem continet, *l.2.§.2.ff.h.t.* Hæc differentia hodie ſine dubio ceſſat, cum actiones pœnales ad duplum, triplum, quadruplum, in foris Germaniæ non fuerint receptæ. Manet tamen alia, quod ſcilicet *prior* etiam contra heredes competat, *poſterior* non item; *l.1.§.23.ff.eod.* quamuis, cum per actionem tutelæ aduerſus heredes inſtitutam, *ratione perſecutionis rei* idem obtineamus,

neamus, quod per actionem de rationibus diſtrahendis, & præterea vtraque actio hoc reſpectu electiue concurrat, vid. Lauterb. *h.t. circ. f.* hæc quoque obſeruatio parum vtilitatis habere videatur, præcipue cum nomen actionis in libellis noſtris exprimere non teneamur.

Lib. XXVII. Tit. V. & VI.

De eo, qui pro Tutore, proue Curatore negotia geſſit, nec non, quod falſo Tutore autore geſtum eſſe dicatur.

Veri *tutoris* deſcriptio omnibus nota eſt. Dicitur ſcilicet talis, qui *præuia magiſtratus confirmatione*, (nam ea hodie indiſtincte requiritur, vt ſupra vidimus) adminiſtrationem tutelæ in ſe recepit. *Protutor* e contrario dicitur, qui tutelam tanquam tutor adminiſtrat bona fide, v. g. ſi quis erronee crederet, ſe eſſe proximum

agnatum pupilli, vel etiam, qui ſciens, ſe tutorem non eſſe, tamen absque maligno animo res pupillares adminiſtrat, *l.1.§.1.ff. de eo, qui pro tutor.*

Tutoris & protutoris hactenus eadem eſt ratio, quod vterque res pupilli inſtar boni patrisfamilias adminiſtrare, & damna illata reſarcire teneatur, *l.4.ff.d.t.* In eo tamen adhuc eſt differentia, *A)* quod tutor ſtatim a tempore *ſuscipiendæ*, protutor autem a tempore *ſuſceptæ* tutelæ demum obligetur: tutor pro lubitu *tutelam deponere* non poteſt, bene tamen protutor, ſi modo neceſſarios pupilli certiores facit, vt ipſi tutorem petant; tutor de omnibus negotiis tenetur, *ſiue ſint connexa*, *ſiue non:* protutor ſaltem de connexis, niſi alius reliqua etiam geſturus fuiſſet, *l.1. §.9. ff. b.t.*

De iure Romano vſus in eo quoque conſpiciebatur, quod cum protutore etiam ante

A) Alia differentia eſt, quod ad *alienationem* rerum pupillarium, non *protutoris*, ſed *veri tutoris* auctoritas adcedere debeat. *l.2. ff. b.t. l.8.pr. ff. de Reb. eor. qui ſub tutel.* Add. AVCTOR. *Doctr. Pand. eod. §.2.*

ante pubertatem agi poterat, non autem cum tutore, *l. 1. §. 3. ff. eod.* Verum poſtquam tutores hodie propter *Ordin. Polit. de An. 1577. tit. 32.* ſingulis annis rationes reddere tenentur, & ſic quoque ſingulis annis ante pubertatem cum ipſis agi poteſt, differentia illa ſine dubio corruit.

Protutores hodie adhuc dari certum eſt. Quamuis enim leges publicæ velint, ne quis tutelæ munus, niſi ex decreto magiſtratus, ſuſcipiat, quod obiicit Dn. Beyer. *Poſ. ff. h. t. B)* Leges tamen eædem non pro-

B) Hæc ratio non obſtat, quo minus *adhuc hodie* protutela locum habere queat, quum, bene obſeruante STRYKIO *Vſ. mod. ff. h. t. §. 1.* facile contingere poſſit, vt *ipſe protutor* a magiſtratu confirmetur. Finge, teſtamentum, quo tutoris conſtitutio continetur, eſſe deperditum, proindeque proximum pupilli cognatum b. f. tutelam legitimam ambire, & a magiſtratu confirmationem impetrare. Fac, poſt aliquod temporis ſpatium reperiri teſtamentum illud huc vsque deperditum, in quo Sempronius tutor conſtitutus; næ, heic conclamatum eſt, proximum cognatum huc

R 5 vsque

prohibent, quo minus quis b. f. ad tempus aliquod, præcipue ſi tutor nondum conſtitutus eſt, commodum pupillorum, gerendo protutelam, promoueat. *C)*

Falſus tutor a protutore ex diuerſa intentione diſtinguitur. *Protutor*, prout hactenus dictum, fouet intentionem, omnia ex bono & æquo expediendi; at *falſus tutor* eo animo ad negotia pupilli accedit, vt vel pupillum ipſum, vel alios, qui cum pupillo, eius autoritatem ſecuti, contraxerunt, decipiat, *v. l. 11. §. 2. & l. 12. ff. quod falſ. tutor.* Ergo ex facto *protutoris* heredes etiam conueni-

vsque vt *protutorem* adminiſtraſſe, eundemque ad rationes reddendas, & ipſam adminiſtrationem vero tutori Sempronio cedendam, obligari.

C) Rectiſſime philoſophatur AVCTOR, eiusque ſententiam tum ORD. PROC. ELECT. SAX. VETVS *Tit. 45. §. 5.* & ORD. IVDIC. SAXO-GOTHAN. *p. 1. c. 18. §. 9.* tum præiudicia a CARPZOVIO *Ipr. for. p. 2. Conſt. 24. def. 14.* & BERLICHIO *p. 1. Dec. 230.* expromta, luculenter confirmant, vt fluctus in ſimpulo BEYERVM heic excitaſſe demirer.

ueniri poſſunt, non autem ex facto *falſi tutoris*, quia ille ex conuentione, hic autem ex delicto obligatur, *v. l. 9. §. 1. ff. quod falſ. tutor. autor.*

LIB. XXVII. TIT. VII.

De Fideiuſſoribus & Nominatoribus, & Heredibus Tutorum & Curatorum.

DISTINCTIO I.

Inter Fideiuſſores *tutorum* & *aliorum contrahentium.*

Omnino cauendum eſt, ne quis ea, quæ de fideiuſſoribus in genere disponuntur, ad illos, qui pro tutoribus, proue curatoribus, fidem ſuam interponunt, vel interpoſuiſſe cenſentur, promiſcue applicet. Scilicet fideiuſſio in dubio nunquam præ-

præſumitur, quia eſt obligatio alterius fauorem reſpiciens, & proinde, licet quis dicat, quod me fideiuſſorem ſuum conſtituere velit, & ego taceam, taciturnitas tamen mea mihi neutiquam præiudicat, quia tacui ſaluo iure meo. Brocardicum enim: *qui tacet, conſentire videtur*, non eſt vniuerſale, vt Deo volente, aliquando ex fontibus legum ciuilium oſtendetur. Enim vero in materia tutelæ ita diſponit *l. 4. §. f. ff. h. t.* fideiuſſores, inquit, a tutoribus nominati, ſi præſentes fuerunt, & non contradixerunt, & nomina ſua referri in acta publica paſſi ſunt: æquum eſt, perinde teneri, atque ſi iure legitimo ſtipulatio interpoſita fuiſſet.

Fideiuſſores alias beneficio diuiſionis gaudent, prout notum eſt; ſed fideiuſſores tutorum, ſi pupillus eos conuenit, hoc beneficio deſtituuntur. *A) l. f. ff. rem pupill. vel adoleſcent. ſalu. for.*

Fide-

A) Si ſcilicet ab *vno* tutore conſtituti, ſin a *pluribus*, vtique hoc beneficio gaudent, ex *perſona Tutorum*, *l. 6. ff. b. t.* e. g. ſi *duo* ſint tutores, quorum quilibet *tres* fideiuſſores dedit, vnus ex his in ſolidum con-

Fideiuſſoribus alias exceptio ordinis, ſiue excuſſionis, competit, ſi creditor eos primo loco, non excuſſo ante debitore principali, conuenire vult; fideiuſſoribus tutorum hæc quoque exceptio denegatur in *l. 1. C. b. t.* Video quidem, DD. aſſerere, quod hodie etiam hiſce illud beneficium non ſit denegandum, ob *Nou. 4. c. 1.* ſed audirem libenter, quid reſponſuri eſſent, ſi iisdem opponeretur principium ab omnibus adprobatum: *Iura ſingularia non tolli per leges ſubſequentes* generales. Quod enim *d. Nou. 4.* de fideiuſſoribus tutorum in ſpecie mentionem non iniiciat, ſed generaliter ſaltem de fideiuſſoribus loquatur, verba eiusdem ita clare innuunt, vt probatione aliqua non indigeat.

LIB.

conuentus, opponendo beneficium diuiſionis, id conſequitur, non, vt in *ſex*, ſed vt in *duas partes*, actio diuidatur, vnius enim Tutoris fideiuſſores ſinguli *pro vna perſona* habentur.

LIB. XXVII. TIT. X.

De Curatoribus Furioſo & aliis extra minores dandis.

DISTINCTIO I.

Inter *Tutores* & *Curatores*.

Quamuis vocabulo germanico der Vormünder, & tutores & curatores denotentur, ac præterea, qui tutor fuit durante pupillari ætate, plerumque etiam curam gerere ſoleat in adoleſcentia, vel minorennitate: item, quamuis minorennis non minus conſenſum curatoris, quam pupillus autoritatem tutoris, in adminiſtrandis rebus ſuis adhibere debeat, adeo, vt altero deficiente negotium ſit nullum, & ſic videri poſſet, tutores & curatores non niſi inani vocabulorum ſono differre: nihilominus tamen his omnibus non obſtantibus, adhuc oſtendi poteſt, præſentem diſtinctionem noſtram vtilitate ſua non eſſe deſtitutam.

Scilicet quando dicunt, tutorem principaliter dari perſonæ, minus principaliter bonis: e contrario autem, curatorem primario circa bona minoris, & ſecundario ſaltem circa perſonam minoris, verſari, tunc exinde quæſtio practica deciſionem capit: *quis iudex in conſtituendo tutore, vel curatore, pro competente reputetur?* A potiori faciendam eſſe denominationem, & dignius ad ſe trahere minus dignum, regula eſt ab omnibus DD. probata. Ergo ſi contingat, vt alius ſit iudex intuitu domicilii pupilli, alius intuitu bonorum ipſius, iudex domicilii, ſub quo perſona pupilli deprehenditur, ſine dubio potius ius in conſtituendo tutore habebit, *A)* vid. Alexand. *l. 5. Conſ. 44. num. 17.* & ex multis aliis præcipue Paulus Montanus *in tract. de iure tutelarum cap. 44. num. 22. & cap. 20. in f.* quæ datio ad bona, etiam ſub alio iudice ſita, ſe extendit. Exceptio eſt, niſi bona in alio plane territorio

A) Quod recte temperat AVCTOR *Doctr. Pand. Tit. de Tutor. & Curator. dat. §. 2. Niſi magna bonorum pars* in alio loco ſita, tunc enim & in eo loco pupillus cenſetur habere domicilium, & ſic vterque iudex tutorem dat.

rio ſita ſint, quo caſu iudex illius territorii prouidere debet pupillo, Montan. *cap. 4. num. 24.* vid. hic *doctr. ff. tit. de tut. & Curat. dat.* §. 2. Obſeruat autem Guttierez apud Brunnemann. *in Comm. ad l. vn. C. vbi petant. tut.* Iudicem non debere exprimere, quod tutorem etiam ratione bonorum alibi ſitorum, dare velit, tunc enim dationem fore irritam; ſed illam ratione dictorum bonorum per conſequentiam fieri, & ſic tacite. Hæc de conſtitutione tutorum. De conſtitutione curatorum dicitur in §. *1. de Curat.* quod ab eodem iudice conſtituantur, a quo tutores; ſed quoniam alias iudex domicilii cum iudice rei ſitæ concurrentem iurisdictionem habet, inde & hoc caſu idem obtinere puto, ſi maxima bonorum pars alibi ſita.

Tutores apud Romanos ſtatim ab initio interuenire debebant, in negotiis pupillorum; *curatoribus* hoc etiam ex poſtfacto licebat. Verum hoc hodie ceſſat, prout diximus *ad tit. de autor. & conſenſ. tut. vel curat.*

Tutores olim in teſtamento quidem conſtituebantur, non autem *curatores;* ſed hoc iterum ceſſat, quia hodie poſt *ſæpe cit. Ordin. Polit. de A.* 1577. minorum arbitrio

non

non amplius relictum eſt, an curatores accipere velint, annon, ſed inuiti etiam accipere compelluntur.

Hoc tamen adhuc hodie manſit, quod proximi cognati ad *tutelam* quidem compellantur, quia certam ſuccedendi ſpem habent, non autem ad *curam*, *B)* quia poſt adeptam a pupillis pubertatem, illa ſpes deficit, exceptis curatoribus prodigorum, & furioſorum, & in feudalibus, v. quæ diximus ad *tit. de legitim. tut. diſt. I.*

In reliquis plerisque puto, nulla inter tutores & curatores erit differentia. *C)*

DIST.

B) *Hodie* curam legitimam etiam reſpectu minorum, in LL. imp. fundatam eſſe, obſeruat AVCTOR *Doctr. Pand. hoc Tit.* §. 2.

C) Addamus alias differentias ab AVCTORE haud tactas, 1) Tutor datur tantum *ob ætatem*, *§. 1. I. de tutel.* Curator omnibus illis, qui *rebus ſuis ſupereſſe nequeunt*, licet propter aliam cauſſam quam ætatem, vt ſunt furioſi, mente capti, prodigi, perpetuo morbo laborantes, cetera. *§. 3. I. de Curat.*

DISTINCTIO II.

Inter Impedimentum *Animi* & *Corporis*, ob quod curator conſtituitur.

Videri poterat ab initio, parum intereſſe, vtrum propter impedimentum animi,

2) *Habenti* tutorem regulariter tutor dari nequit, bene tamen *Curator. §. 5. I. de Curator.* MONTAN. *de Iur. Tutel. & Curat. cap. 24. n. 6.*

3) Ad *certam cauſſam* non datur tutor, §. 4. *I. Qui teſtam. tut. dar. poſſ.* (Exceptio eſt *in l. 17. §. 1. ff. de Adpellat.* ſi tutor datus adpellauerit, ac interim pupillus ab extraneo inſtituatur, nec expediat differre aditionem, vbi interim tutor datur ad adeundam hereditatem) bene tamen Curator. §. 2. *I. de Curator. l. 7. ff. de tut. & curat. dat.*

4) Aduerſus tutorem non poteſt agi, niſi *finita* demum tulela, *l. 4. ff. de tutel. & ration. diſtrab.* bene tamen aduerſus Curatorem *conſtante* cura, *l. 7. C. Arbitr. tutel. l. 17. C. de Neg. geſt.* quam tamen differentiam

animi, an vero corporis conſtituatur curator, cum vtrobique idem ſit eiusdem officium, eademque obligatio. Et ſane *intuitu ipſius etiam curatoris* nihil reuera intererit. *D)* Aſt intereſt tamen *intuitu ipſius*

rentiam *hodie* ceſſare, monet AVCTOR *Doctr. Pand. Tit. de Tutel. & rat. distrab.* §. 6.

5) Tutor nonniſi *perſonæ ſui iuris* datur, §. 1. *I. de Tutel.* Curator nonnunquam *perſonæ alieni iuris.* conf. *Nou.* 117. *cap.* 1.

6) Tutelæ officium ante *adeptam pubertatem* viuo pupillo, & ſaluo eius ſtatu, *nunquam* finitur, bene tamen interdum Cura minoris ante adeptam maiorennitatem, vtputa, ſi minor *veniam ætatis* impetrauit. vid. *Tit. C. de His qui ven. ætat.*

D) Vereor, vt hoc generatim adſeri poſſit. Curator furioſi quippe vtut curator vocetur, reuera tamen *tutor* eſt, quoniam non *bonis* tantum, verum & *perſonæ* datur, *l.* 7. *pr. ff. de Curator. furioſ. & al.* ibi: *tueri debet non ſolum Patrimonium, ſed & corpus, ac ſalutem furioſi.* Quod ſecus ſe habet in curatore ſurdi, muti, cetera.

S 2 2) Cu-

ipſius, cui curator conſtituitur. Quæritur ſcilicet, *an aliquis inuitus curatorem accipere teneatur?* Hic quia in adminiſtratione nego-

2) Curator furioſi hereditatem furioſo delatam *ſolus* adit, *l.* 7. §. 7. *C. de Curat. furioſ.* perinde vt tutor hereditatem *infanti* delatam, *l.* 18. §. 2. *C. de Iur. delib.* quod rurſus ſecus eſt in curatore muti, ſurdi, cœci, qui *conſenſum* ſaltem adeuntibus *præſtat*. Quamuis enim fluctus in ſimpulo heic excitet HERING. *de Fideiuſſor. cap.* 7. *n.* 148. tam mutum quam ſurdum hereditatem adire poſſe negans, *quod mutus verba aditionis loqui non poſſit, quæ in ea exiguntur*, *l.* 51. *ff. de A. vel O. H. ſurdus vero non poſſit audire teſtimonium ſibi perhibentes*, (*non enim aditur hereditas, niſi teſtibus præſentibus, qui adpellantur ab eo, qui adire vult, hoc fere modo: Vos Quirites in hanc rem teſtimonium perhibetote*) nihil tamen muto, partim quod in *cit. l.* 51. neque vola neque veſtigium *de verbis in hereditatis aditione neceſſariis* occurrat, partim quod aperte HERINGIVS miſceat *nudam* & *ſolemnem* hereditatis aditionem. Hanc ſine teſtibus ac ſolemni formula peragi non potuiſſe, facile largior, vid. VLPIANVS in

negotiorum ciuilium vtrumque requiritur, animus ſc. & corpus, animus autem inſtar directoris eſt, cuius iuſſum & placita exequitur corpus, exinde ſtatim conſequitur, quod *quotiescunque adeſt defectus animi, v.g. in furioſis, mente captis, prodigis, &c. toties etiam perſona tali vitio laborans inuita curatorem accipere teneatur:* e contrario: *quoties vitium in corpore ſolum depre-*

in Fragm. Tit. 22. §. 25. *ſeqq.* BRISSON. *de Formul. & ſolemn. Pop. Rom. Verbis Lib.* 7. *p. m.* 600. *illa* vero (quæ ſcrupuloſa *cretionum* ſolemnitate exploſa, per *l.* 17. *C. de Iur. delib.* hodie ſupereſt) nil niſi *nudam voluntatis declarationem* deſiderat, §. *fin. I. de H. Q. & D.* quam a cœco, ſurdo, & per ſigna, a muto, fieri poſſe indubium eſt. Vid. SCHMIDT. *de Nutu, cap.* 27. *n.* 21. *ſeqq.* 3) Curator furioſi *ſolus* nomine furioſi res eius vendit, vnde & formula contractus in ſolam curatoris perſonam concipitur, e. g. Es verkauft Sempronius als Curator im Namen ſeines wegen blöden Verſtandes ihm anbefohlenen Curanden Meuii, cetera, quod itidem ſecus ſe habet in Curatore ſurdi, muti, cœci. Vid. STRYK. *Cautel. Contract. Sect.* 1. *cap.* 2. §. 10. & 25.

prebenditur, e. g. in cæcis, mutis, ſurdis, E) morbo ſontico laborantibus, &c. quod toties perſona infirma inuita curatorem accipere non obligetur.

E) Loquitur heic AVCTOR de infortunio *discreto;* ſi vero *coniunctum* ſit, h. e. ſi quis ſurdus ac mutus ſimul ſit, diſtinguendum: Vtrum illud iam tum *a natiuitate* adfuerit, an vero *ſuperuenerit. Priori* caſu, quia rarius ſenſa mentis ſatis exprimere, ac res ſuas legitime adminiſtrare poſſunt eiusmodi homines, etiam *inuitis* ipſis dandus curator: *poſteriori* caſu ſaltem *volentibus* datur, niſi forte infortunium *in infantia* ſuperuenerit, vbi nullam negotiorum gerendorum peritiam ſibi comparare potuerunt. Vid. B. STRYK. *de Iur. Senſ. Diſp. 4. cap. 2. n. 23. ſeqq.*

FINIS PARTIS II.